BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

<36611729050019

<36611729050019

Bayer. Staatsbibliothek

Das

Pandectenrecht

aus

den Rechtsbüchern Justinians

nach

den Erfordernissen einer zweckmässigen

Gesetzgebung

dargestellt

und

mit vergleichenden Hinweisungen auf das

Französische, Oesterreichische und Preussische Recht

begleitet

von

Dr. *Paul Ludolph Kritz*,

Königl. Sächs. Ober-Appellations-Rath.

Ersten Theiles erster Band.

Meissen,

bei C. E. Klinkicht & Sohn.

1835.

46. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Sr. Excellenz

dem Königl. Sächs. Staatsminister,

Herrn

Julius Traugott Jacob von Könneritz,

Grosskreuz des Königl. Sächs. Civilverdienstordens etc.

Hochwohlgeborner Herr,

Hochgebietender Herr Staatsminister,

Das Werk, welches vor allen Ew. Excellenz hoher Beurtheilung ich unterwerfe, habe ich mit gesteigerter Selbstzufriedenheit betrachtet, als es mir nicht unwerth schien, Ew. Excellenz zugeeignet zu werden. Nur so kann ich dem Wunsche genügen, öffentlich auszusprechen, dass in der anerkennenden Verehrung, womit während schwerbewegter Zeit und dann in der bedeutendsten Periode des neugestalteten öffentlichen Lebens das gesammte Vaterland den Blick auf Ew. Excellenz erhabenes Verdienst gewendet hat, ich Keinem nachstehe. Wenn Ew. Excellenz — ich wage darum zu bitten — die ehrerbietigste Zueignung meines Werkes als den Ausdruck solcher Gesin-

nungen mit gnädigem Wohlwollen entgegen zu nehmen geruhen, so werde ich mich nicht minder beglückt als geehrt, und auch hierdurch Ew. Excellenz mich eben so tief verpflichtet fühlen, als unbeschränkt die Ehrerbietung ist, womit ich beharre

Ew. Excellenz

Dresden,
den 10. September
1835.

unterthänig gehorsamster

Dr. *P. L. Kritz.*

Vorrede.

Das angefangene Werk so viel möglich vor Missverständnissen zu schützen, scheint eine umständlichere Bevorwortung nöthig. Um dem Leser zunächst nur die allgemeinste Vorstellung klar und deutlich zu machen, die dem Verfasser bei Beginnen des Unternehmens vorschwebte, glaubt derselbe mit Confessionen anheben zu müssen.

Nach Jahre lang dem römischen Rechte zugewendeten Studien, erkannte er sein Wissen für Stückwerk, und zwar solcher Art, dass darüber die Unvollkommenheit jeglichen menschlichen Wissens nicht zu trösten vermochte. Um Zeit und Kraft nicht auf bereuenswerthe Weise an Vereinzeltes gesetzt zu lassen, entschloss er sich, das bisher Geleistete als blosse Propädeutik, als Vorübung anzusehen, um erst noch zu lernen *) und endlich zu wissen:

was steht in den Justinianeischen Rechtsbüchern, und was steht nicht darinne?

*) Das Niedergeschriebene nochmals überlesend, fühlte der Verfasser Bedenken, die offenherzige Stelle unverändert zu lassen. Doch verschwand es, als er sich folgender Worte *Thibaut's* erinnerte: (*Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland. Heidelberg bei Mohr und Zimmer* 1814. *S.* 17.) „Es giebt keinen Professor der Pandecten in ganz Deutschland, welcher sich nachrühmen könnte, dass es ihm möglich gewesen sei, alle einzelnen Lehren seines beschränkten Faches historisch-dogmatisch aus den Quellen zu studiren oder vollständig zu durchdenken."

*

Da das Wissen auf Ueberzeugung beruht, und die Ueberzeugung nur aus eigenem Verständnisse hervorgeht, so ergab sich sofort, dass er nur die Quellen zu befragen habe, keine Autoritäten, wenigstens nicht in der Eigenschaft von Autoritäten.

Das Corpus juris ist ein welthistorisches Werk. Daher denn die Frage, was dasselbe enthalte, und was es nicht enthalte, sich in sehr verschiedenen Beziehungen aufwerfen lässt. Der Verfasser wollte wissen: was enthält das Corpus juris, wenn wir es als ein Gesetzbuch, als ein bei uns geltendes Gesetzbuch ansehen?

Einerseits glaubte er, die Resultate der Forschung, als ein von der Forschung selbst streng gesondertes Ganzes in möglichst bestimmten, leicht übersehbaren Sätzen niederschreiben, andrerseits die abgeschlossenen Forschungen gleichsam reproduciren, als einen besondern Bestandtheil des Werkes objectivirt festhalten, und die Forschungen jenen Sätzen so unterordnen zu müssen, wie es eine Reihe zu beweisen gewesener Sätze und ihre Beweise verlangen. Dies Verfahren dünkte dem Verfasser das einzige Mittel, um selbst über die Zuverlässigkeit seines Wissens ein sicheres Urtheil fällen zu können.

Was die Form der Sätze anlangt, so war sie bedingt durch das, was der Verfasser wollte. Er wollte wissen, was das Corpus juris als ein bei uns noch geltendes Gesetzbuch enthalte. Darum konnte er die eine Hälfte der Aufgabe nicht besser lösen, als indem er zu Werke ging wie Jemand, der ein Gesetzbuch auszuarbeiten berufen, und dabei angewiesen wäre, nur den Inhalt des Corpus juris als zu verarbeitenden Stoff zu betrachten.

Er musste sich aber auch entschliessen, beide Bestandtheile des Werkes, Resultat und Forschung, so auszuarbeiten, dass er die Veröffentlichung wagen durfte.

Denn er war überzeugt, mehr noch als der Wunsch, dem eigenen Bedürfnisse zu genügen, werde der Gedanke an die Veröffentlichung ihn zu ausdauernder Anstrengung befeuern; auch fühlte er, dass bei einem, besonders unter gegebenen Umständen, so schwierigen Unternehmen, ermunternd-freundliche Theilnahme wohlwollend Gesinnter, zurechtweisende Belehrung der Berufenen, ihm nicht nur willkommen, sondern unentbehrlich sein werde.

Ueberzeugt war er aber auch, dass, wenn beide Bestandtheile des Werkes nur einigermaassen gelängen, seinem Verhältnisse zum Publicum nicht der Vorwurf des Egoismus gemacht werden könne. Denn erwünscht muss es dem Practiker sein, alles, was für ihn in dem Corpus juris von hauptsächlicher Wichtigkeit ist, in der seinem Verhältnisse zum Corpus juris angemessensten Gestalt, d. h., was ihm Gesetzbuch sein soll, auch in Form eines Gesetzbuches zu erhalten und zugleich vermittelst der dargelegten Forschungen des Verfassers sich die eigene Prüfung des gesetzlichen Stoffes bequem und nach Maassgabe von Muse und Neigung wohl erreichbar gemacht zu sehen. Nicht anders als erwünscht kann dem dogmatischen Juristen die Arbeit sein. Denn kein mit der römischen Jurisprudenz zusammenhängendes Dogma lässt sich mit Sicherheit auffassen, bevor man weiss, was das römische Recht an und für sich und abgesehen von der Dogmatik ist. Dankenswerth wird das Werk dem Rechtsgelehrten sein, der das Corpus juris als bedeutendestes Document der Sitten- und Culturgeschichte desjenigen Volkes betrachtet, dessen weltbeherrschender Einfluss von entschiedener Wirkung auf alle Elemente der modernen Entwickelung gewesen ist. Denn damit sich abgränze, was in dem Corpus juris bei uns noch geltendes Recht und was antiquirt ist, hat die Forschung jederzeit

sich Rechenschaft darüber zu geben, was wirklich antiquirt sei oder nicht, und am allerwenigsten darf sie irgend etwas ausgeschlossen liegen lassen, weil es antiquirt scheint. So aber wird die Arbeit beachtungswerth sein auch insofern, als dadurch in dem weitumfassenden Gebiete alles dessen, was dem Civilrechte anheim fällt, Gleichartiges und Ungleichartiges in heutiger und damaliger Art zu sein, in sprechenderen Gegensätzen hervortreten, Eigenthümliches und Gemeinsames sich mehr zu bestimmten Massen ordnen wird.

Dies die Betrachtungen, welche die Idee des Werkes in dem Verfasser hervorriefen. Sofort stellte sich ihm die Frage vor: ist es möglich, diese Idee zu verwirklichen? Welche nothwendig erst noch näher zu bestimmende Methode könnte die Möglichkeit des Erfolges sichern? Ueber diesen allerdings wichtigsten Punkt glaubt er sich ebenfalls mit Erfolg auszusprechen, wenn er nicht sowohl den Leser zu überzeugen, als die Folgenreihe der Betrachtungen darzulegen sucht, von denen er auf die Methode geleitet ward, die er zu befolgen gedenkt und bereits in dem jetzt erschienenen Bande befolgt hat.

Kein Bedenken hat darüber obwalten können, dass die Pandecten, welche dem Umfange und dem innern Werthe nach der schätzbarste Bestandtheil der Justinianeischen Rechtsbücher sind, auch in der Regel als diejenige Masse zu behandeln waren, welcher Codex und Novellen als Bestätigungen oder Modificationen mussten untergeordnet werden. *) Hierzu kommt noch, dass vor

*) Wobei jedoch nicht immer das gleiche Verfahren ist beobachtet worden, indem z. B. bei dem Mandate der Inhalt des Codex sich in einen Anhang verwiesen, bei der exercitoria, institoria und der negot. gestio aber unmittelbar mit den Pandecten verbunden findet. Zu diesem wechselnden Verfahren wurde der Verfasser bestimmt, je nachdem er auf diese

Publication der Justinianeischen Rechtsbücher der Praxis nach nur die Schriften der grossen Juristen und die Constitutionen als Quellen gebraucht wurden. (M. vergl. *v. Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalter, 2te Ausgabe, Th. I. S.* 27.) Die Constitutionen aber waren nothwendig von dem Stande bedingt, auf welchen die Juristen das Civilrecht gestellt hatten. Eine Bemerkung, deren Richtigkeit sehr anschaulich wird, sobald man genauer untersucht, wie unter bestimmten Rubriken des Codex sich nur sehr wenig von dem Inhalte der gleichnamigen Pandectentitel Abweichendes findet. (M. vergl. I. Cap. 7. S. 99 — 102.) Was die Reihenfolge der zu behandelnden Materien betrifft, so wird das Verständniss gewiss erleichtert, wenn man das Specielle auf eine solche Weise behandelt, dass jedes Specielle, als ein in sich abgeschlossenes Ganze, nur die seltenste Bezugnahme auf allgemeinere Grundsätze erfordert. So dünkt dem Verfasser, dass z. B. in Folge seiner Behandlung der negot. gestio die aufgestellten Sätze in keinem Falle, wo die culpa bei negotior. gestio vorkommt, eine die negot. gestio und ausserdem noch andere Verhältnisse umfassende Theorie von der culpa werde vermissen lassen. Wohl kann man die allgemeinere Lehre durch Verweisungen auf die specielleren, nicht aber umgekehrt diese durch jene begründen und erläutern, wenigstens nicht in der römischen Jurisprudenz, welche speculative Richtungen zu verfolgen, ein Höchstes und Allgemeinstes voranzustellen, um in allen

oder jene Weise eine Materie deutlicher und übersichtlicher behandeln zu können glaubte. Und da des Verfassers Hauptzweck Darstellung des geltenden römischen Rechtes ist, so wird z. B. bei der Intestaterbfolge das Novellenrecht voranzustellen und das Pandectenrecht zum Theil als antiquarischer Bestandtheil unterzuordnen sein. Ueber das Verfahren in solchen, zum Glück überaus wenigen Beziehungen, weiter unten noch einige Bemerkungen.

Fällen den Maassstab für das Besondere gleich fertig bei der Hand zu haben, sich wenig berufen fühlte, weil sie stets von den Bedürfnissen der Praxis zu lebhaft angeregt und vor allen diesen zu entsprechen zu dringend aufgefordert war. Ja, es lassen uns bei manchen allgemeinen Lehren die römischen Juristen gänzlich im Stiche. *) Demohngeachtet blieb es dem Verfasser bedenklich, die herkömmliche Anordnung so abzuändern. Erst dann verschwanden alle seine Zweifel, als er sich überzeugt hatte, dass er nur so mit dem Gefühle der Sicherheit zu Werke gehen, nur so dem Leser darlegen könne, dass das Allgemeine auf richtiger Abstraction aus dem Besonderen beruhe. Auch bleibt es ja im äussersten Falle dem Leser unbenommen, die Reihefolge der Bände nach Gutdünken umzustellen.

Jetzt bei dem speciellen Theile stehen zu bleiben, so ging der Verfasser bei dessen Anordnung von der Ansicht aus, bedeutend sei es für das Schicksal des Werkes, mit Materien zu beginnen, deren antiquirte Bestandtheile die übrigen bei uns noch geltenden, am wenigsten überwiegen; dies ist aber der Fall mit den Contracten und insonderheit mit den Consensualcontracten. Doch kam es dabei dem Verfasser weniger darauf an, seine Arbeit als

*) Z. B. was sie über Gesetzauslegung sagen, ist vortrefflich geeignet, um an die Critik ihrer Bemerkungen eine Theorie der Gesetzauslegung zu knüpfen. Allen dahin einschlagenden Fragmenten lässt sich aber ansehen, dass die römischen Juristen in dieser Beziehung nicht einmal das Bedürfniss einer Systematik empfunden haben, wie es denn auch bei dem eigenthümlichen Verhältnisse der Jurisprudenz zu dem, was der Theorie nach als positives Recht galt, ihnen gar nicht fühlbar werden konnte, indem die zwölf Tafeln, Edict, Senatusconsulte und Volksschlüsse weit weniger die Praxis leiteten, als sie von dieser erweitert und umgestaltet wurden. Man erinnere sich z. B., was unter den Händen der Juristen aus dem SCto. Vellejano, aus der Stelle des Edicts über die negotiorum gestio, aus der lege Aquilia geworden ist.

den bearbeiteten Stoff dem grösseren juristischen Publicum so viel möglich zu empfehlen. Wenn nämlich irgendwo die grossen Juristen diesen Beinamen verdienen, so verdienen sie ihn in einer Materie, wo die Gesetzgebung grösstentheils ein unbeschriebenes Blatt war. Mit Gesetzen sind unsere Rechtsgelehrten zu reichlich versehen, als dass es nicht Vorwitz wäre, danach zu fragen, wie sie ohne Gesetze sich wohl zurechtfinden dürften. Uebrigens räumt der Verfasser sehr gern ein, dass die Pars specialis einer Gesetzgebung nicht füglich mit den Verträgen anheben könnte, allein der Brauchbarkeit und dem Werthe des Werkes dürfte es nicht den mindesten Eintrag thun, dass mit den Contracten ist der Anfang gemacht worden. Alles kam darauf an, dass zusammengehörende Massen nicht auseinander gerissen würden. Indem nun der Verfasser mit den Contracten, zunächst aber mit den Consensualcontracten und unter diesen nach der Legalordnung (als welcher in gleichgültigen Dingen vor jeder andern schon der Vorzug des Alterthums gebührt) mit dem Mandate den Anfang gemacht hat, konnte er nicht mit dem Titel pro socio u. s. w. fortfahren, wie die Römer, die ihre Classificationen mehr nach äusseren, als nach inneren Bestimmungsgründen anordnend, an ganz verschiedenen Stellen behandelten, was für unsere Art Rechtsverhältnisse aufzufassen, in unzertrennbarem Zusammenhange steht. Das ist der Fall mit Mandatum und negot. gestio, mit der Bürgschaft (bei den Römern entweder fidejussio, oder constitutum debiti alieni), da selbige auf einem Mandate oder auf negot. gestio beruhet.*) Die Bürgschaft wieder war eben so wenig von dem SCto. Vellejano zu trennen, als das Mandat von der exer-

*) Im C. N. folgt auf das Mandat das Cautionnement.

citoria und institoria und die negot. gestio von der versio in rem.

Einerseits blieben dem Zwecke des Verfassers fern alle Rechtsinstitute, denen sich kein, dem Wesentlichen nach, gleiches oder analoges in dem röm. Rechte findet. Andrerseits waren diejenigen, welche im Wesentlichen uns und den Römern gemeinschaftlich sind, ein jegliches unter der entsprechenden Pandectenrubrik zu behandeln. Dies um desswillen, weil es nur so möglich war, einen jeden einzelnen Titel für sich erschöpfend und so zu bearbeiten, dass sein Inhalt eben so vollständig als geordnet übersehbar, und darum dem Leser nicht minder anschaulich wird, was in einem Titel steht, als auch was, wenn man es aus Stellen eines Titels so zu sagen herausinterpretiren wollte, auf ein verfehltes Unternehmen hinausliefe. Verabsäumt man, sich streng an die Rubriken der Pandecten zu halten, so wird es durchaus unmöglich, sich und anderen eine Controle der Vollständigkeit zu sichern. So z. B. belegen die Erläuterungen unter der Rubrik des Mandates, wie der Verfasser dieser Rubrik kein anderes, als das in den Sätzen ausgesprochene Resultat glaubte abgewinnen zu können, auch würde man ihn leicht aus seiner Arbeit selbst widerlegen können, wenn er sich geirrt haben sollte; und sobald jeder Titel so behandelt vorliegen wird, wird eben dieser Zweck für die gesammten Pandecten erreicht sein. Darzuthun aber, dass das Corpus juris nur dieses oder jenes über das Mandat, die societas u. s. w. enthalte, liefe auf eine Unmöglichkeit, auf den Beweis einer unendlichen Negative hinaus; dies gewissermaassen schon, wenn wir nur die einzelnen Fragmente selbst betrachten, im eigentlichsten Sinne aber, wenn wir bedenken, dass nicht nur die einzelnen Fragmente, sondern auch deren mögliche Combinationen in Erwägung zu ziehen sind.

Der Verfasser erwartet den Einwand, es dürfe auf diese Weise und bei der seltsam eigenthümlichen Organisation der Pandecten keine Materie in sich abgeschlossenerweise dargestellt werden; denn schon der blosse Augenschein zeige, dass kein Lehrbuch seine Citate bei dem Mandate u. s. w. nur auf solche habe beschränken können, die den Titeln mandati u. s. w. angehörten. Dagegen ist zu erwägen: der Uebelstand, dass sich hin und wieder unter einer Rubrik fände, was in die andre gehört hätte, wäre kein zu theurer Preis für die Vollständigkeit und die sichere Controle derselben. Sodann bemerke man aber auch, dass die Fragmente der Juristen der besten Zeit in juristischer Hinsicht angehören, deren jemals ein Volk sich erfreut haben dürfte. Es hält nämlich der Verfasser eine Zeit, juristisch angesehen, in eben dem Verhältnisse für gut, als der positiven Gesetze wenige sind und dennoch, ohngeachtet der grössten Mannigfaltigkeit und Zusammengesetztheit der Vermögensverhältnisse und des Verkehrs in selbigen, der Zweck der Gesetzgebung erreicht wird, weil die Rechtsinstitute von den Juristen lebendig begriffen und mit Sicherheit gehandhabt werden, ohne dass diese von der Gesetzgebung am Leitseile geführt werden. Setzen wir nun voraus, dass die römischen Juristen in den Fragmenten das Wesentliche in der Regel richtig aufgefasst haben, und erwägen wir dabei, wie Justinian unter jeder Rubrik eine um so bedeutendere Menge von Fragmenten zusammengetragen hat, je wichtiger die rubricirte Materie dem practischen Werthe nach war, so ist auch vorauszusetzen, dass man unter jeder Rubrik des Stoffes genug haben werde, um mit einiger Combinationsgabe alles daraus zu abstrahiren, was man der Rubrik nach unter ihr zu erwarten berechtiget ist. *) Ueber

*) Nicht zu gedenken, dass, sobald wir das Corp. Jur. als Gesetzbuch an-

das Richtige dieser Annahme kann allerdings nur der Erfolg entscheiden. Indess dem Verfasser dünkt, dass wenigstens die bis jetzt behandelten Titel für dessen Möglichkeit sprechen. Denn sobald wir von manchen, weniger civilrechtlichen als civilpolizeilichen Zusätzen abstrahiren, womit z. B. die Materie von dem Mandate in neueren Gesetzgebungen ausgestattet zu werden pflegt, so möchten wohl die von dem Verfasser über das Mandat aufgestellten Sätze als eine für diese Gattung von Contracten nicht eben unausreichende Gesetzgebung angesehen werden können. Uebrigens hat er nicht verabsäumt, bei jeder Lehre die geachtetsten Lehrbücher und dogmatischen Werke zu Rathe zu ziehn, und wie er selbst sich auf diese Weise hinsichtlich der Vollständigkeit der Resultate zur Rechenschaft gezogen hat, so kann auch der Leser ihn bei jeder Materie auf eben diese Weise zur Rechenschaft ziehen. Eine Schwierigkeit, die bei uns geltenden Rechtsinstitute unter bestimmten Rubriken der Pandecten zu behandeln, zeigte sich insoferne, als manches derselben bei den Römern sich in Institute spaltete, die theils in den Formen, theils in den Wirkungen differirten, was besonders der Fall dann ist, wenn ein im Wesentlichen gleicher Zweck bei den Römern bald mittelst eines in dem Geiste des älteren strengen Nationalrechtes beruhenden, bald eines andern, dem prätorischen Rechte und dem juri gentium angehörigen Institutes erreicht wurde. Fidejussio und constitutum debiti alieni dienen in dieser Hinsicht als erläuternde Beispiele. In einem solchen Falle glaubte der Verfasser die dem einen und dem andern Institute bestimmten Rubriken verschmelzen und aus dem Amalgame beider ab-

sehen, die Voraussetzung eintritt, Justinian habe die Rubriken von Kauf, u. s. w. um deswillen vorangestellt, damit Jedermann wisse, wo er zu suchen habe, was in Betreff des Kaufes gelten solle.

strahiren zu können, was wir als geltendes Recht anzusehen haben. (M. vergl. z. B. Abschn. III. S. 164 ff.) Wenn aber eine Rubrik durchaus den Antiquitäten angehörte, dann schien es ihm, sei sie nur exegetisch zu behandeln, und zwar in Verbindung mit einem verwandten und noch jetzt practisches Recht enthaltenden Titel. (M. vergl. den mit der versio in rem verbundenen, die actionem quod jussu enthaltenden Anhang. S. 465 ff. *)

Die Aufgabe, die sich der Verfasser bei Behandlung der einzelnen Titel selbst stellte, war, wie schon gedacht, die seltsam genug aneinander gereihten Bestandtheile grösstentheils casuistischen Inhalts auf dem Wege sondernder und combinirender Abstraction in diejenigen allgemeinen Regeln und specielleren Sätze aufzulösen, die eine nur auf das römische Recht basirte Gesetzgebung würde auszusprechen haben, wenn sie dem Richter eben so wenig überlassen möchte, die Gesetzgebung zu suppliren, als sie den Richter durch eine, den Zweck übrigens zuverlässig verfehlende, Casuistik zu einer Gesetzanwendungsmaschine machen soll. Wem es scheinen möchte, der Verfasser habe des Besonderen nicht genug gegeben, der wird leicht im Stande sein, das Werk nach Gutdünken zu vervollständigen, da unter jedem allgemeinen Satze alle diejenige Casuistik angeführt und erläutert worden ist, auf welcher der Satz beruht. Und hier wäre der Verfasser wohl geneigt, sich seines Fleisses zu rühmen. Wie lange

*) Der Titel de peculio, der grösstentheils mit der actio de in rem verso und quod jussu zusammenhängt, wird in so weit eine gleiche Behandlung bei der patria potestas finden.

Dass die Rubriken, die auf römischer Staatsverfassung beruhen oder criminalrechtlichen Inhaltes sind, einerseits nicht werden zu übergehen sein, weil auch hier civilrechtliche Elemente sich finden, andrerseits aber eine besondere abkürzende Behandlung erfordern, versteht sich von selbst. Ueber das Specielle sich in dieser Hinsicht hier zu verbreiten, schien entbehrlich.

er bisweilen wählen, wie wiederholt er nicht selten die schon getroffene Wahl aufgeben musste, bevor er sich zu entscheiden vermochte, wo ein Fragment zweckmässig einzureihen oder ob es ganz isolirt zu behandeln sei, davon kann nur derjenige einen Begriff sich machen, der selbst ähnliche Versuche angestellt und sich darüber durch eigne Erfahrung belehrt hat. Es gehörte Selbstüberwindung dazu, die gleiche Mühe auf das Verständniss jeder Stelle zu verwenden, selbst dann, wenn sich vorhersehen liess, dass dieselbe kein eigenthümliches (m. vergl. §. 2. S. 30.) oder nur ein den Rechtsalterthümern anheimfallendes Resultat geben könne. (M. vergl. S. 389. zu l. 19. §. 3. de negotiis gestis). Der Index der Fragmente wird den Leser in den Stand sezzen, die Vollständigkeit in der Behandlung eines jeden Titels zu prüfen, wie denn eben dieser Index geeignet scheint, dem Werke, auch abgesehen von dessen hauptsächlichen Zwecken, einen hinsichtlich der Exegese der Quellen selbstständigen Werth zu geben. Hoffentlich wird der Text selbst, besser als es Citate auf Kosten des ohnehin nur allzusehr in Anspruch genommenen Raumes vermöchten, dem Kundigen beweisen, dass der Verfasser die vorhandenen exegetischen Hülfsmittel fleissig benutzt hat. Wo er, der Hülfsmittel ohngeachtet, einer Stelle kein genügendes Verständniss abzugewinnen vermocht, (nur selten ist dieser Fall eingetreten), da hat er sein Unvermögen offen bekannt. (M. vergl. z. B. §. 2. S. 168. in Betreff l. 1. §. 4. de constituta pecunia.) Glücklich wäre er, wenn seine Methode sich in allen Beziehungen eben so leicht, als in dieser von selbst rechtfertigen sollte.

Die Vorrede würde zu einer besondern Schrift anwachsen, wenn der Verfasser über den Werth des Stoffes, den er bearbeitet hat, seine eigenen Ansichten

aussprechen und selbige nur einigermaassen belegen wollte, wenn er sich nicht aller vergleichenden Bemerkungen über das von ihm und Anderen in Behandlung des römischen Rechts bisher beobachtete Verfahren gänzlich enthielte.

Seiner Aufgabe wenigstens insofern gewachsen, als er die Grösse derselben, und also die Gefahr erkannt hat, der ihn überspanntes Selbstvertrauen blossstellen würde, hält er sich dennoch für befugt, mit entschiedener Zuversicht auf die Wahrheit seiner Worte die Ueberzeugung auszusprechen, dass die Praxis nicht nur der historischen, dass sie auch der rationellen Basis ermangelt, eine neue Civilgesetzgebung eine ungemein gewagte Frage an das Schicksal bleibt, wenn der Practiker und der Gesetzgeber nicht gelernt haben und nicht wissen, was in den Justinianeischen Gesetzbüchern stehet, und was nicht darinne steht.

Dass der Verfasser die genanntesten neueren Gesetzgebungen soviel möglich mit dem römischen Rechte zu parallelisiren gesucht hat, ist nicht geschehen, um dieselben einer Critik zu unterwerfen*), sondern um desswillen, weil sie zum grossen Theil zwar nur Wiederholungen des römischen Rechtes sind, zu einem grossen Theile aber auch dasselbe modificiren, aufheben oder

*) Es war unmöglich, beistimmende oder abfällige Bemerkungen zu unterdrücken, wie sie das gedruckte Wort veranlasste. Dass aber ein vollständig competentes Urtheil z. B. über den C. N. nur der französische Jurist hat, der über den Werth seiner vaterländischen Gesetzgebung auch durch Leben und Praxis sich klar geworden ist, nicht der Ausländer, dem diese Schule abgeht, das hat der Verfasser nicht übersehen. Am allerwenigsten liess er sich beikommen, durchgeführt leisten zu wollen, was Savigny in nothwendiger Beschränkung, wohl aber unübertrefflich, unter der Ueberschrift: die drei neuen Gesetzbücher S. 54 ff. der Schrift *vom Berufe unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 2te Ausgabe*, geleistet hat.

mit Zusätzen versehn und also gewissermaassen in den Resultaten erkennen lassen, was eine dem Zwecke des vorliegenden Werkes völlig fremde historische Entwikkelung der auf dem römischen Rechte beruhenden spätern Dogmen uns lehren würde. Allzuumfassend und gross, um sich durch Nebenzwecke zerstreuen zu lassen, war des Verfassers Hauptzweck: die Justinianeischen Rechtsbücher zu dem zu verarbeiten, was sie nur höchst mangelhafter Weise sind, zu einem Gesetzbuche, zu einem vollständig mit seinen Motiven ausgestatteten Gesetzbuche.

I.

Der Mandatscontract.

(Lb. XVII. D. tit. 1. Mandati vel contra.)

Cap. 1.

Bestimmung des Begriffes.

In dem Uebereinkommen, kraft dessen Iemand eine Geschäftsführung auf Rechnung und Gefahr eines Andern übernimmt, besteht der Mandatscontract.

Erläuterungen.

§. 1.

Rechtfertigung vorstehender Definition.

Nirgends haben die Quellen des Römischen Rechtes die Definition des Mandates ausgesprochen. L. 1. p. bezeichnet mit den Worten, „obligatio mandati consensu contrahentium consistit,“ blos die Gattung von Contracten, welchen das Mandat angehört. Wie alle Consensualcontracte, wird es erzeugt durch die blosse gegenseitige Willensübereinstimmung der Contrahenten. Eine Eigenthümlichkeit aber, in Folge deren das Mandat eine besondere Stelle in der Gattung jener Contracte einnehme, ist damit nicht angedeutet. Eben so wenig erschöpfend ist das §. 4. l. c. angegebene Kennzeichen, dass man durch Uebernahme eines Mandates eine Verbindlichkeit eingehe, welche keine Verabredung eines Lohnes gestatte.

„Mandatum, nisi gratuitum, nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit; contrarium porro est officio merces; interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit.“

Schon um deswillen rückt man hiermit einer Definition nicht näher, weil jenes Kennzeichen (auch noch in anderer Hinsicht den Werth desselben dahingestellt) rein negativer Art ist. Man ersieht daraus, in welchen Fällen kein Mandat, nicht aber in welchen ein solches vorhanden.

Ein wesentliches Merkmal besteht in der Uebernahme einer Geschäftsführung nach dem Willen eines Andern. Auch in l. 2. — die zahlreichen anderen, das Nämliche belegende, Stellen nicht zu erwähnen — spricht es sich aus, dass das Mandat jederzeit auf ein negotia gerere hinausläuft.

Damit ist aber der Begriff des Mandates noch auf keine Weise erschöpft. Die nähere Erörterung der l. 2. cit. wird darthun, dass dieselbe, wie umständlich sie auch in ihren casuistischen Distinctionen zu Werke geht, dennoch auf keinen richtigen Abstractionen beruht, dass keineswegs so unbedingt etwas darauf ankommt, in welchem Interesse ein Mandat ertheilt ward, sondern dass in allen Fällen der Begriff eines Mandates realisirt wird, sobald Iemand vertragsmässig auf eines Mitcontrahenten Rechnung und Gefahr sich einer Geschäftsführung unterzieht.

„Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem, sive aliena tantum sive mea et aliena, sive mea et tua, sive tua et aliena. Quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur. §. 1. Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti, si tibi mandem, ut negotia mea geras, vel ut fundum mihi emeres, vel ut pro fide jubeas. §. 2. Aliena tantum, veluti, si tibi mandem, ut Titii negotia gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo fide jubeas. §. 3. Mea et aliena, veluti, si tibi mandem ut mea et Titii negotia gereres: vel ut mihi et Titio fundum emeres: vel ut pro me et Titio fide jubeas. §. 4. Tua et mea, veluti, si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaretur. §. 5. Tua et aliena, veluti, si (tibi) mandem, ut Titio sub usuris crederes; quod si, ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intervenit mandatum. §. 6. Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti, si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces, quam foeneres; vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emptiones praediorum colloces. Cujus generis mandatum, magis consilium est, quam mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur, quia liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium.“ [M. vergleiche hiermit die Institutionen pr. h. tit. — III. 26 (27) — Mandatum contrahitur quinque modis u. s. w. nebst §. 1 — 6 zu den Worten: non tamen tibi mandati tenetur.]

Das pr. unterscheidet ein dreifaches Interesse, das man bei Eingehung eines Mandates beabsichtigen könne; das Interesse

des Mandanten,
des Mandatars; oder auch
einer dritten Person.

Die folgenden Paragraphen erläutern diess durch einfach

verständliche, einer weitern Auseinandersetzung nicht bedürfende, Beispiele. Dabei wird behauptet, dass, weil aus einem Mandat, das nur des Mandatars Nutzen bezwecke, keine klagbare Verbindlichkeit entstehe (nulla ex eo obligatio nascitur), ein solches Mandat überflüssig sei (supervacuum). Es könnte aber irgend etwas nicht überflüssiger Weise vorhanden sein, wenn es nicht überhaupt vorhanden wäre.

Auch belegt l. VIII. §. 6., dass ein Mandat recht wohl vorhanden sein kann, wenn schon jedes Interesse wegfällt, um deswillen man daraus eine Klage anstellen möchte.

„Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse ejus, qui mandavit: caeterum, si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit, quatenus interest: Utputa mandavi tibi, ut fundum emeres: si intererat mea emi, teneberis; caeterum, si eundem hunc fundum ego ipse emi, vel alius mihi, neque interest aliquid, cessat mandati actio. Mandavi, ut negotia gereres: Si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, (nulla actio est): aut si alius idonee gesserit, cessat mandati actio. Et in similibus hoc erit probandum.“

Cessat, heisst es im Eingange der Stelle, mandati actio ejus, qui mandavit. Das Mandat ist gegeben, allein eine Klage findet nicht Statt.

Wir müssen hierbei noch umständlicher verweilen, um es deutlich zu machen, wie in der vorliegenden Beziehung ganz von dem Interesse abzusehen war, das einem Mandat zum Grunde liegen kann. Allerdings haben alle civilrechtlichen Verhältnisse und also auch die durch Contracte und insonderheit die durch den Mandatscontract erzeugten, entweder pecuniäre oder doch pecuniär messbare Verbindlichkeiten zum Gegenstande. Z. B. der dem A verpflichtete B ist schuldig, jenem entweder etwas zu zahlen, oder etwas zu leisten, was den B, wenn er es nicht oder nicht ordentlich leistet, schuldig macht, des A verletztes Interesse mittelst einer Zahlung auszugleichen. Wenn nun schon sich hieraus ergiebt, dass, der Wirkung nach, ein Mandat so gut als null und nichtig scheinen könnte, dafern es insoweit keinen klagbaren Erfolg hat, als die Wahrnehmung dieses Verhältnisses nicht im Interesse des Mandanten liegt, so würde es doch fehlerhaft gewesen sein, die Definition des Mandates etwa dahin zu modificiren, dass dasselbe eine, im Interesse des Mitcontrahenten oder einer dritten Person übernommene, Geschäftsführung sei. Höchst fehlerhaft würde dies gewesen sein, erstlich: weil die Beantwortung der Frage, ob ein Mandat vorhanden sei, doch unmöglich von der anderweiten, oft gar nicht sofort beantwortbaren Frage abhängig gemacht werden konnte, welche Art Interesse bei dessen Ertheilung vorgewaltet habe; und sodann zweitens: weil, wenn auch nur der Mandatar bei Realisirung des Auftrages interessirt sein sollte, im Allgemeinen nichts

der Zulässigkeit eines Contractes entgegensteht, der allein auf des einen Mitcontrahenten Vortheil berechnet ist.

Wie Gajus selbst in pr. l. 2 cit. nicht die Möglichkeit eines den Mandatar allein interessirenden Mandates, sondern nur die Möglichkeit einer daraus gegen ihn mit Erfolg anzustellenden Klage verwirft, so läugnet er in §. 6. l. c. nur scheinbar das Dasein eines Mandates, in so fern dasselbe nur auf des Mandatars Nutzen berechnet sein sollte. Der Fall, der hier bemerkt wird, enthält gleich der Form nach kein Mandat. Gar keine wirkliche Aufforderung irgend etwas zu thun, wird an denjenigen gerichtet, den man aufforderte, „lieber" (potius) dieses, als jenes zu thun. Wenn es ferner in der Natur der Sache liegt, dass kein Auftrag gegeben ist, sobald nicht vollkommen erkennbar vorliegt, was gethan werden sollte, so enthält auch die Aufforderung, dass der Andere sein Geld, statt in zinsbaren Capitalien, in dem Ankaufe von Landgütern oder umgekehrt anlegen solle, gar keinen Auftrag. Um welchen Preis soll hier der Mandatar kaufen, zu welchem Zinsfusse soll er ausleihen? Diese Art des Ausdruckes verstattet die Annahme eines Mandates eben so wenig, als der l. 12. §. 12 bemerkte Fall.

„Cum quidam talem epistolam scripsisset amico suo, Rogo te, commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum, non obligabitur mandati: quia commendandi magis hominis quam mandandi causa scripta est."

Hiermit ist zu verbinden l. 48. §. 1. u. 2. „Cum mando tibi, ut credendo pecuniam, negotium mihi geras, mihique id nomen praestes, (meum in eo) periculum, meum emolumentum sit: puto mandatum posse consistere. §. 2. Caeterum, ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est, ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum duntaxat ad me pertineat, jam extra mandati formam est: quemadmodum si mandem, ut mihi quemvis fundum emas."

Wer Jemanden anweist, einer bestimmten Person Geld auf Rechnung des Anweisenden darzuleihen, wer einen Andern auffordert, ihm ein bestimmtes Grundstück zu erkaufen, ertheilt ein Mandat; kein solches aber ist es, wenn die Anweisung dahin lautet, irgend Jemandem Geld zu leihen, irgend ein Grundstück zu erkaufen.

Dass Gajus in l. II. p. nur die Klage gegen den Mandatar unbedingt ausschliessen wollte, die Klage gegen den Mandanten aber aus einem solchen Mandate wenigstens nicht ohne alle Ausnahme unzulässig finden konnte, dies belegt l. 6. §. 5.

„Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio."

Wenn ich Jemandem etwas auftrage, dessen Ausführung nicht auf meinen oder eines Dritten, sondern auf seinen Vortheil hinausläuft, so kann der Beauftragte, in so fern er, ohne Auftrag erhalten zu haben, nichts gethan haben würde, doch in denjenigen Beziehungen, in welchen er den Vortheil mit einer Einbusse erkaufte, gegen mich actionem mandati anstellen.

Die interessante Stelle erhält ihre vollständige Erläuterung durch das in l. 16. enthaltene Beispiel.

„Si quis mihi mandaverit, in meo aliquid facere, et fecero: quaesitum est, an sit mandati actio? Et ait Celsus lib. 7 Digestorum, hoc respondisse se, cum Aurelius Quietus hospiti suo medico mandasse diceretur, ut in hortis ejus, quos Ravennae habebat, in quos omnibus annis secedere solebat sphaeristerium et hypocausta, et quaedam ipsius valetudini apta, sua impensa faceret. Deducto igitur, quanto sua aedificia pretiosiora fecisset, quod amplius impendisset, posse eum mandati judicio persequi.“

Ulpian entscheidet sich hier* dafür, dass ein Mandat und eine Klage aus solchem möglich sei, wo das Mandat einzig und allein darauf gerichtet war, dass der Mandatar in einem ihm gehörigen Grundstücke neue Einrichtungen treffen sollte. Er stützt sich dabei auf ein responsum des Celsus. Der Fall war folgender: A, welcher sich alljährlich in Ravenna bei seinem Arzte in dessen Garten aufzuhalten pflegte, hatte demselben aufgetragen, hier manche, auf des A Gesundheitszustand berechnete Einrichtungen zu treffen, unter andern einen Saal zum Ballspielen, eine Luftheitzung (ὑποκαυστον — Plin. II. ep. 17 —) einzurichten. In so fern der hiermit verbundene Aufwand mehr betrug, als die Werthserhöhung, die damit des Arztes Grundstücken geworden war, konnte letzterer den Ersatz actione mandati fordern. Entscheidend aber für den Satz, dass ein Mandat in re mandatarii möglich sei, ohne dass der Mandant irgend ein pecuniäres Interesse dabei hat, dergestalt, dass nur der Mandatar z. B. wegen des in solcher Beziehung bestrittenen Aufwandes und dessen Erstattung gegen den Mandanten, nicht aber dieser gegen jenen klagen kann, enthält l. 60. §. 1 (s. u. §. 2. wo diese Stelle die ausführliche Erläuterung finden wird).

Hier spricht A zu B:

Um deinetwillen, nicht um deines Schuldners willen, der mir dazu keinen Auftrag gegeben, zahle, was dieser dir schuldig geworden, nöthigenfalls ich; borge ihm für den Fall, dass er nicht zahlen sollte, auf meinen Credit, damit du ganz sicher bist, dein Geld zu erhalten. Wenn der Schuldner nicht zahlt, hat B die Klage gegen A, auf dessen Gefahr und Rechnung er blos zu seinem eigenen Vortheil gehandelt hat.

Bereits hiermit ist die Definition gerechtfertigt.

Wie unwesentlich die Unterscheidung in l. 2 cit. hin-

sichtlich des eigenen und des Interesses eines Dritten sei, um deswillen ein Mandat gegeben ward, belegt Folgendes:

Wenn das dem Mandanten fremde Interesse des Mandatars der Möglichkeit eines Mandates darum entgegenstünde, weil es ein fremdes ist, so sähe man nicht, warum das eben so fremde Interesse einer dritten Person nicht dieselbe Wirkung hervorbringen sollte. Zwar könnte man sagen: das Mandat im Interesse eines Dritten liege sofort auch in des Mandanten eigenem Interesse. Entweder sei dieser verbunden gewesen, in des Dritten Interesse thätig zu sein, und alsdann erfülle er durch das Mandat eine Verbindlichkeit; oder, wenn er dazu nicht verbunden gewesen sei, so begründe er dadurch für sich gegen den Dritten action. neg. gest. wie z. B. letzeres der Fall sein könnte unter den l. 6. §. 4. bemerkten Umständen.

„Si tibi mandavero, quod mea non intererat, veluti, ut pro Sejo intervenias, vel ut Titio credas: erit mihi tecum mandati actio (ut Celsus lib. 7 Digestorum scribit) et ego tibi sum obligatus."

Aus den Institutionen sehen wir, dass eine solche Art des Mandates, als verbindendes Geschäft erst nach und nach praktisch ward. §. 6. d. h. t.

„Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat tibi, eam emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio foenerares? Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quum si tibi mandatum esset."

Jedoch ein solcher Einwand ist nicht durchgreifend; denn obschon die act. neg. gest. Statt findet, wenn man tertii gratia gehandelt hat, so kann man doch vielfach tertii gratia handeln, ohne dass dadurch actio negot. gest. begründet wird. Ich kann um eines Dritten willen ein kostspieliges Mandat geben, das nicht darauf berechnet ist, des Dritten Vermögensumstände irgend zu sichern oder zu verbessern. Z. B. Ich beauftrage Jemanden, Vorkehrungen zu treffen, dass einer meiner Freunde mit einer prachtvollen Kunstleistung überrascht werde. Es ist also füglich ein Mandat, wenn dadurch auch nur von Seiten des Mandatars eine Klage begründet ist.

„l. 41. Potest et ab una duntaxat parte mandati judicium dari: nam si is, qui mandatum suscepit, egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati judicium non competit, at ei, qui mandaverit, adversus eum competit."

Ja es lassen sich Verhältnisse denken, wo das Mandat nur im Interesse des Mandatars gegeben, doch eine Klage des Mandanten möglich macht.

Z. B. A beauftragt den B, sich ein Grundstück zu kau-

fen, und auf seine, des A, Rechnung, das Geld von des A Schuldnern zu erheben. Wenn B geflissentlich theurer kauft, und mehr Geld von des A Schuldnern erhebt, als nöthig gewesen wäre, so wird A actionem mandati haben. Denn auch bei dem mandato mandatarii gratia bleibt dem Mandanten das Interesse, dass seine Rechnung nicht mehr belastet werde, als es der Zweck des Mandates erfordert.

Wir schliessen diese Bemerkungen mit des Gerh. Noodt in dem Commentare zu den VI ersten Büchern der Pandekten (pag. 371) gegebenen Definition: „Est mandatum contractus juris gentium, bonae fidei, consensu constans, de negotio mandatoris periculo, gratis gerendo.“ Weiter unten (Cp. II.) wird es gerechtfertigt werden, dass auf das gratis in vorstehender Definition keine Rücksicht genommen worden.

§. 2.
Ueber die gegenseitige Einwilligung der Interessenten.

Das Mandat wird geschlossen durch ein Uebereinkommen, durch der Interessenten gegenseitig einstimmenden Willen (l. 1. pr.).

Alles, was der Titel über die Art und Weise enthält, auf welche jene Uebereinstimmung erfolgen könne, schreibt keine Modificationen vor, wovon die Gültigkeit der gegenseitigen Willenserklärung abhängig sein solle, sondern giebt nur Beispiele der mannichfachen Formen an die Hand, unter welchen sich der Consens aussprechen könne.

Hier sind folgende Stellen bemerkenswerth.

a. In Hinsicht auf beide Contrahenten.

Da es nicht der Natur der Sache entgegenläuft, eine Willensübereinstimmung vom Eintritte einer Bedingung oder eines Zeitabschnittes abhängig zu machen, so kann auch ein Mandat bedingt oder unbedingt, oder auch in der Maasse geschlossen werden, dass der Mandatar, was er zu thun übernommen hat, und, an sich, sogleich zu thun vielleicht unbehindert wäre, erst nach dem Ablaufe einer gewissen Zeit verrichten solle. l. 1. §. 3. „Item mandatum et in diem differri, et sub conditione contrahi potest. [M. vgl. §. 12. I. h. t.]“ Dies besonders und gleichsam ausnahmsweise zu bemerken, dazu lag bei den Römern die Veranlassung in der Eigenthümlichkeit mancher ihrer Rechtsgeschäfte, welche nach alterthümlich nationellen Ansichten dergleichen modificirende Bestimmungen nicht verstatteten.

b. In Hinsicht auf den Mandanten.

1.) Sobald auf Seiten des Mandanten die Willenserklärung ausreicht, so ist es gleichgültig, mit welchen, mündlich oder schriftlich an den Mandatar gerichteten, Worten sie ausgesprochen wird. l. 1. §. 1. §. 2.

„§. 1. Ideo per nuncium quoque vel per epistolam mandatum suscipi potest. §. 2. Item sive rogo, sive volo, sive mando, sive alio quocunque verbo scripserit, mandati actio est.“

2.) Indem die Willenserklärung schlechthin als das Requisit des Mandatscontractes bezeichnet worden, so liegt schon hierin das Anerkenntniss, dass man einen Auftrag nicht blos ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geben könne. l. 6. §. 2. giebt hierzu ein Beispiel.

„Si passus sim, aliquem pro me fide jubere, vel alias intervenire, mandati teneor, et nisi pro invito quis intercesserit, aut donandi animo, aut negotium gerens, erit mandati actio.“

3.) Kaum hätte es einer besondern Belehrung darüber bedurft, dass, wenn Iemand in meiner Anwesenheit einen Auftrag ertheilt, der in meinem Interesse liegt, mein Stillschweigen eben so viel wirkt, als hätte ich selbst den Auftrag gegeben. l. 18.

„Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intelligitur.“

4.) Es fragt sich, wenn Iemand keinen ausdrüklichen Auftrag gegeben und einen stillschweichenden gar nicht hat geben können, weil er gar keine Kenntniss hatte, ob ein Anderer wohl geneigt sein dürfte, ein in Frage kommendes Geschäft zu übernehmen; in wiefern kann Iener durch die später erfolgende Ratihabition sich zu diesem Andern in das Verhältniss eines Mandanten zu dem Mandatar stellen?

Hier sind zwei Momente zu unterscheiden.

a. Wenn Iemand im Interesse eines Andern thätig geworden und Letzterer genehmigt, noch ehe und bevor das Unternommene zur Ausführung gediehen ist, so treten dadurch beide in das gegenseitige Verhältniss des Mandanten zu dem Mandatar; denn unter solchen Umständen kann der Consens keinem Zweifel unterworfen sein. Eine Andeutung, dass die römischen Iuristen einen solchen Fall auf die nämliche Weise beurtheilten, enthält l. 60. §. 1.

„Ad eum, qui uxorem ducturus erat, literas fecit tales: Titius Sejo salutem. Semproniam pertinere ad animum meum cognovisti: ideoque cum ex voto meo nuptura tibi sit, velim certus sis, secundum dignitatem tuam contrahere te matrimonium: et quamvis idonee repromissuram tibi Titiam matrem puellae dotem sciam, tamen et ipse, quo magis conciliem animum tuum domui meae, fidem meam interponere dubito. Quare scias quodcunque ab ea ex hac causa stipulatus fueris, id me mea fide esse jussisse, salvum te habiturum. Atque ita Titia, quae neque Titio mandaverat, neque ratum habuerat, quod scripserat, dotem Sejo promisit: quaero, si heres Titii ex causa mandati praestiterit, an actione mandati heredem Titiae convenire potest? Respondi, secundum ea, quae praeponuntur, non posse. Item quaesitum est, an nec negotiorum gestorum?

Respondi, nec hoc nomine jure agere posse: palam enim facere Titium, non tam Titiae nomine, quam quod consultum sibi vellet mandasse. Item, si maritus adversus mandatorem ageret, an aliqua exceptione summoveatur? Respondi, nihil proponi, cur summovendus sit."

Um jene Andeutung erkennbar zu machen, hat man die ganze Stelle zu erklären.

Titia hat eine Tochter, Namens Sempronia, die sich an Sejus verheirathet, dem die künftige Schwiegermutter Titia eine Mitgift zusichern wird.

Titius, der ein Interesse an der Sempronia nimmt und zugleich dem Sejus etwas Angenehmes zu erzeigen wünscht, erklärt, noch ehe und bevor von der Titia die bestimmte Zusicherung wegen der Mitgift erfolgt ist, dem Sejus in einem Briefe: Er, Titius, zweifle gar nicht an der Zahlungsfähigkeit der Titia, und dass Sejus von ihm erhalten werde, was ihm jene versprochen habe. Um nichts weniger wolle er, Titius, bei dem Sejus für die Versprechungen der Titia einstehen. Titius macht also den Sejus zu seinem Mandatar, indem er ihn auffordert, nöthigenfalls auf seine, des Titius, Rechnung, der Titia Credit zu geben. Titius und Titia sterben, und Sejus hat keine Mitgift bekommen. Sejus fordert von den Erben des Titius dasjenige, wofür ihm dieser die Gewähr geleistet hatte. Der Klagegrund ist liquid, und eine Ausflucht, wodurch dieser elidirt werden möchte, nicht zu ersehen. Man vergleiche die Worte: Item, si maritus---summovendus sit. Kann aber der Erbe des Titius, der ex causa mandati den Sejus bezahlen musste, Regress an den Erben der Titia actione mandati nehmen? Nein; denn Titius ist mit seinem Credite eingetreten, ohne dass es Titia verlangt hat. Kann aber der Erbe des Titius gegen den Erben der Titia act. neg. gest. klagen, weil er ja doch in ihrem Interesse gehandelt hat, indem er ihren Zusagen einen erhöhten Credit gab? Nein; denn Titius ist in das Mittel getreten, aus Rücksichten für den Sejus und die Sempronia, nicht aber für die Titia. Man vergleiche die Worte: quaero, si heres---non posse. Er würde aber actione mandati klagen können, wenn Titia den Titius beauftragt hätte, einen Brief des angegebenen Inhaltes an den Sejus zu schreiben, oder wenn dieselbe den Inhalt des Briefes nachträglich genehmigt hätte. Man vergleiche die Worte: atque ita Titia———si promisit.

b. Wenn die Genehmigung erfolgt, nachdem bereits dasjenige Geschäft vollständig ausgeführt worden, was ohne Zutritt einer wirksamen Genehmigung im günstigsten Falle für den Geschäftsführenden nur als act. neg. gest. beurtheilt werden könnte; wird dann die act. neg. gest. in ein Mandat verwandelt, kann alsdann mandati geklagt werden, selbst

wenn die act. neg. gest. problematisch war, weil die utilitas negotii nicht entschieden ist? Diese Frage kann verschieden beantwortet werden. Warum sollte die Zustimmung hinsichtlich des Ausgeführten nicht gleiche Wirkung haben mit der Zustimmung hinsichtlich des erst noch Auszuführenden? Andererseits liegen die Motiven, aus welchen der neg. gest. handelte und was er zu Folge dieser Motiven that, eines wie des andern, als etwas bereits Abgeschlossenes in der Vergangenheit, ehe die Genehmigung erfolgt, und keine Willensbestimmung vermag an dem Vergangenen etwas zu ändern. Uebrigens ist der Zweifel, ob auf diese Weise eine Mandatsklage begründet werde, nichts weniger, als von praktischer Unerheblichkeit, weil ausserdem vielleicht gar keine Klage, auch nicht die neg. gest. möglich sein würde. Denn der Mandatar hat seine Ansprüche, sobald er nur gethan hat, was der dominus negotii wollte; der neg. gest. hat die seinigen nur unter der Voraussetzung, dass seine Thätigkeit wirklich in dem Interesse des letztern die zureichenden Motiven fände. Die Römischen Iuristen haben den Fall verschieden beurtheilt. Scaevola in l. 9. neg. gest. (III. 5) sagt: nie könne die Genehmigung des bereits vollständig Ausgeführten die Vergangenheit ändern und die act. mandat. erzeugen. Die Genehmigung könne in einem solchen Falle nur d i e Wirkung haben, dass auch dann, wenn nicht utiliter gehandelt worden, act. neg. gest. angestellt werden könne; dies, weil die Genehmigung die Einrede elidirt, dass die neg. gest. nicht im Interesse des domini negotii stattgefunden.

Eine andere Ansicht hat Ulpian in l. 60. de R. I. (I. 17.) Hier heisst es: semper, qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur; sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est: obstringitur mandati actione.

Man hat versucht, diess Gesetz mit der Stelle des Scaevola zu vereinigen, indem man sagte:

Im ersten Satze der Stelle sei die Rede davon, dass jemand stillschweigend die eben e r s t e r f o l g e n d e, im zweiten davon, dass jemand ausdrücklich die b e r e i t s e r f o l g t e Intervention genehmiget und auf diese Weise zur künftigen Zahlung aus der Intervention Auftrag ertheile. Allein man übersetze sich nur die Stelle:

Ein Mandat wird angenommen in allen Fällen, wo jemand der Intervention nicht widerspricht, die ein Anderer für ihn übernimmt; ein Mandat ist aber auch dann vorhanden, wo, was bereits ausgeführt worden, die Genehmigung erhält. — Diess ist doch wohl ganz allgemein gesprochen, wie es sich bei einer regula iuris gehört; und wenn man den letzten Satz nur auf eine Intervention beziehen will, so kann man ihn nur von einer Intervention verstehen, welcher der Intervenient

durch Tilgung der damit übernommenen Verbindlichkeit Genüge gethan hat.

Dass des Scaevola Ansicht in einer schärferen Auffassung der Verhältnisse beruhe, dürfte nicht zu bezweifeln sein, indem, wie gedacht, unter allen unabänderlichen Dingen die Vergangenheit das unabänderlichste ist.

Eine Bestätigung der eben ausgesprochenen Ansichten über die Ratihabition enthält l. 50. pr.

„Si is, qui negotia fidejussoris gerebat, ita solvit stipulatori, ut reum fidejussoremque liberaret, idque utiliter fecit: negotiorum gestorum actione fidejussorem habet obligatum. Nec refert, ratum habuit necne. Fidejussor, etiam antequam solveret procuratori pecuniam, simul ac ratum habuisset, haberet tamen mandati actionem."

Gesetzt, der negot. gestor des Fidejussor hat durch Zahlung an den Gläubiger den Fidejussor liberirt und mit dem Fidejussor zugleich auch den Hauptschuldner, utiliter, d. h. von einer wirklichen, nicht blos einer formellen, durch eine peremtorische Exception elidirbaren, Verbindlichkeit. Er hat unter solchen Umständen actionem negot. gestor. gegen den Fidejussor, ganz abgesehen davon, ob dieser die erfolgte Zahlung ratihabirt hat oder nicht [negotiorum gestorum actione fidejussorem habet obligatum; nec refert, ratum habuit fidejussor nec ne.] Auch würde er vor erfolgter Zahlung [etiam antequam solveret procuratori pecuniam, simul ac ratum habuisset, haberet tamen mandati actionem] mandati actionem haben, sobald der fidejussor die erst noch zu geschehende Zahlung ratihabirt haben sollte. Cp. IV. §. 1. ist ein Beispiel nachgewiesen, wie Iemand, der mit seinem Credite sich für einen Andern in das Mittel schlägt, gegen denselben regrediren kann, noch ehe und bevor die Zahlung erfolgt ist.

5.) Eine andere casuistische Erörterung der Art und Weise, wie ein Mandant seinen Willen aussprechen könne, enthält „l. 53 — qui fide alterius pro alio fide jussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati."

A trägt dem C auf, für B Bürgschaft zu leisten; C thut diess, während B mit anwesend ist und nicht widerspricht. Hier hat C von dem A ausdrücklichen und von dem B stillschweigend ertheilten Auftrag und beide sind Mandanten des C.

§. 3.

c. in Hinsicht auf den Mandatar.

Nirgends haben sich die Gesetze über die factischen Voraussetzungen ausgesprochen, von denen es abhängig zu machen sei, ob des Mandatars Einwilligung als erfolgt anzusehen sei, oder nicht. Gewiss ist aber, dass, da auch für den Mandatar

der Contract ein Consensualcontract ist, um eben dieses Stillschweigens der Quellen willen, der Mandatar ebenfalls ausdrücklich, eben so gut aber auch stillschweigend seine Zustimmung erklären kann, und nicht möglich ist es, dass er sich stillschweigend deutlicher erkläre, als indem er sich thatsächlich dem Auftrage unterzieht. Für diesen, seine Richtigkeit von selbst aussprechenden Satz, lassen sich, wenn es dessen noch bedürfen sollte, die Worte in l. 22, §. 11. anziehen: „sicut autem liberum est, mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet.“ (M. s. übrigens Cp. III. §. 8.)

§. 4.

Ueber die Gattungen des Mandats.

Man kann das Mandat nach verschiedenen Eintheilungsgründen in verschiedene Gattungen theilen, theils in Hinsicht auf seinen Umfang, je nachdem ein Anderer mit sämmtlichen oder mehreren Geschäften eines Andern oder auch nur mit einem einzigen beauftragt wird, je nachdem des Mandatars Willkühr mehr oder weniger überlassen wird, je nachdem des Mandatars, des Mandanten oder eines Dritten Interesse dabei ins Spiel kommt. Man vergleiche unter andern l. 6. §. 6. (s. §. 6.) und l. 12. §. 7. „Contrario iudicio experiuntur, qui mandatum susceperunt: utputa qui rerum vel rei unius procurationem susceperunt.“ Allein die Quellen führen unter dem Titel mandati keine dieser Unterscheidungen durch. Weiter unten wird das Mandatum in rem suam zu erwähnen sein. Eben daselbst wird sich zeigen, dass diess weniger eine besondere Gattung des Mandates als eine Form ist, unter welcher ein Mandant ihm obliegende Verbindlichkeiten erfüllt. Wohl aber unterscheiden die Quellen den Auftragsgeber und Auftragsnehmer auch mit andern Benennungen, als denen des Mandans und Mandatarii. Man vergleiche *Glück, Erl. der Pandecten Th.* 15, *S.* 240 *und* 241. Für den vorliegenden Titel ist nur zu erwähnen, dass der Mandatar procurator pflegt genannt zu werden, wenn er gerichtliche Geschäfte übernimmt, dass der mandans pflegt mandator genannt zu werden, wenn derselbe Auftrag ertheilt, dass auf seine Rechnung und Gefahr irgendwo Iemand mit seinem Credite eintreten solle.

§. 5.

Stellen casuistischen Inhalts, in denen hauptsächlich die Frage behandelt wird, ob ein Mandat vorhanden sei, oder nicht.

Der Titel enthält casuistische Erörterungen von Fällen, in denen nach Ansicht der Iuristen ein Mandat entweder a.)

eingetreten, oder b.) nicht eingetreten war; andere, wo c.) das Mandat, und mit diesem noch ein anderer Grund obwaltete, aus denen der Mandatar verbindlich geworden war, auch abgesehen von dem Mandate. Alle diese Stellen können nach der Bemerkung in §. 2. sich wesentlich nur mit der Frage beschäftigen: war eine gegenseitige Willensübereinstimmung eingetreten, in Gemässheit deren ein Individuum auf Rechnung und Gefahr eines andern etwas zu thun übernommen? Diese Stellen sind durchzugehen, in Gemässheit der mit a.), b.) und c.) im Obigen bemerkten Unterscheidung.

§. 6.

Zu a in §. 5.

Von dem Standpuncte der Iurisprudenz aus lässt sich nicht als vorhanden betrachten eine solche Willensübereinstimmung, deren Vorhandensein dem Willen des Gesetzes entgegenläuft. Denn sobald das Recht, als die Norm für sinnlich wahrnehmbare Handlungen, nicht seinen Zweck verläugnen will, darf in keinem Falle das Verbotene erlaubt sein, weil der Einzelne es als etwas Erlaubtes behandelt hat. Daraus folgt, dass, wenn die Römische Iurisprudenz kein mandatum rei illicitae anerkennt, sie damit nicht sowohl einen Rechtssatz schuf, als den Rechtssatz „obligatio mandati consensu contrahentium consistit“ zu Anwendung brachte. Historisch bemerkenswerth ist, dass die Römer in dieser Beziehung über das schlechthin Verbotene hinausgingen und die Gültigkeit eines Mandates auch in allen den Fällen nicht anerkannten, wo die Contrahenten eine, den guten Sitten und dem Anstande entgegenlaufende Handlung beabsichtigten.

„l. 6. §. 2. Rei turpis nullum mandatum est: et ideo hac actione non agetur.“

„l. 12. §. 11. Si adulescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem: quia simile es, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati; quasi adversus bonam fidem mandatum sit.“

„§. 13. Si quis mandaverat filiofamilias credendam pecuniam, non contra senatusconsultum accipienti, sed ex ea causa, ex qua de peculio, vel de in rem verso, vel quod jussu pater teneretur: erit licitum mandatum.“

„l. 22. §. 6. Qui aedem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, mandatum suscipiat, nihil mandati judicio consequi potest, propter turpitudinem mandati.“

M. vgl. §. 3. I. h. tit... licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium (mandatorem tuum) actionem.

l. 12. §. 11. cit. belegt, wie die Römer hier den Begriff des Unerlaubten auf eine Weise ausdehnten, welche keine positiv rechtliche Grenzbestimmung verstattet, da die Begriffe von Anstand und Sittlichkeit in unzähligen Fällen von subjectiven Ansichten und der niedern oder höhern Bildungsstufe abhängen, auf welcher der Urtheilende steht.

Da ein Mandat undenkbar ist ohne gegenseitige Einwilligung, so kann man sich auf keine Weise zum Mandatar für Iemanden constituiren, welcher dieser Intention geradezu widerspricht. In einem solchen Falle hat man gar keine Klage; denn entweder man hat schenken oder als negot. gestor auftreten wollen. Im ersten Falle hat man den Erwerb einer Klage gar nicht beabsichtigt, und im andern Falle ist man, so zu sagen, unfreiwilliger Schenkgeber geworden, weil eine aufgedrungene negot. gestio wirkungslos ist, obgleich manche Iuristen das nicht zugeben wollen.

„l. 40. Si pro te praesente et vetante fidejusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est. Sed quidam utilem putant dari (oportere): quibus non consentio. Secundum quod et Pomponio videtur.“

„l. 53. Quodsi pro invito vel ignorante, alterutrius mandatum secutus fidejussit, eum solum convenire potest, qui mandavit: non etiam reum promittendi. Nec me movet, quod pecunia fidejussoris reus liberetur: id enim contingit, etsi meo mandato pro alio solvas.“

In Verbindung mit dem Vorhergehenden sagt hier Papinian Folgendes: Wenn A dem C Auftrag giebt, für den anwesenden und nicht widersprechenden B Bürgschaft zu leisten, so sind A und B des C Mandatare. Wenn B aber widerspricht, so hat C gegen den B keine Klage, auch nicht act. negot. gestorum; denn wenn unter solchen Umständen C, sobald er zufolge der Bürgschaft für B später zahlt und ihn also liberirt, blos um desswillen negot. gest. klagen könnte, so müsste, consequent zu Werke gegangen, jede auf eines Andern Rechnung gezahlte Summe nicht nur von diesem Andern, sondern auch von jedem Dritten eingeklagt werden können, dessen Umstände sich durch die Zahlung verbesserten. Bekanntlich ist diess aber der Fall nicht und darf nicht der Fall sein.

„l. 6. §. 6. Apud Iulianum lib. 13. Digestorum quaeritur: Si dominus jusserit procuratorem suum certam pecuniam sumere et foenerare periculo suo, ita ut certas usuras domino penderet dumtaxat, si pluris foenerare potuisset, ipse lucraretur: in creditam pecuniam, inquit, videtur accepisse. Plane, si omnium negotiorum erat ei administratio mandata, mandati quoque eum teneri: quemadmodum solet mandati teneri debitor, qui creditoris sui negotia gessit.“

A hat einen Bevollmächtigten, jedoch nur für ein einzelnes Geschäft: diess sehen wir aus dem Adversative am Ende

der Stelle: plane, si omnium negotiorum erat ei administratio mandata etc. A verstattet dem Bevollmächtigten B, Geld aus seinen, des A, Mitteln zu nehmen, um dasselbe auf eigne Gefahr zinsbar auszuleihen. Wie hohe Zinsen B damit gewinnen kann, bleibt diesem überlassen, indem A sich nur eine gewisse geringe Verzinsung ausbedingt. B thut nichts auf des A, sondern alles auf seine Rechnung und Gefahr. Ersterer ist also auch nicht Mandatar; vielmehr vereinigen sich in ihm alle Kennzeichen eines Schuldners, der gegen einen gewissen Zinsfuss ein Capital geborgt hat, und dem zufolge dasselbe zwar anderweit gegen beliebig höhere Zinsen ausleihen darf, jedoch auch die Gefahr des Capitals übernommen hat. Anders würde es sich verhalten, wenn der B Generalbevollmächtigter wäre. Alsdann wäre er auch beauftragt gewesen, die Capitale des A zinsbar auszuleihen und actione mandati gehalten, die eingehenden Zinsen zu gewähren, in soweit nicht ausgemacht war, dass er nur gewisse geringere Zinsen berechnen solle. Die letzten Worte des §. quemadmodum u. s. w. sagen Folgendes: wie ein Schuldner, der zugleich Mandatar des Gläubigers geworden, in letzterer Beziehung act. mand., abgesehen von der condictio certi ex mutuo, belangt wird, so wird B actione mandati belangt, abgesehen davon, dass wenn er nicht Mandatar wäre, er nur als Schuldner verklagt werden könnte.

„l. 10. §. 4. Si quis Titio mandaverit, ut ab actoribus suis mutuam pecuniam acciperet, mandati eum non acturum Papinianus lib. 3. Responsorum scribit: quia de mutua pecunia eum habet obligatum: et ideo usuras eum petere non posse, quasi ex causa mandati, si in stipulationem deductae non sunt.“

Wenn ich Jemanden anweise, dass er sich von meinem Cassirer Geld soll auszahlen lassen als ein Darlehn, so ist der Angewiesene nicht Mandatar, sondern mein Schuldner ex mutuo; denn der Erfolg geht nicht auf meine, sondern auf seine Rechnung und Gefahr. Hieran knüpft sich eine practisch wichtige Folge. Ich kann Zinsen von ihm nur fordern, wenn er sie versprochen. Wäre er mein Mandatar, so wäre die Zinsverbindlichkeit begründet, auch ohne Versprechen. (s. unten Cp. III.)

„l. 10. §. 7. Si quis ea, quae procurator suus et servi gerebant, ita demum rata esse mandavit, si interventu Sempronii gesta essent, et male pecunia credita sit, Sempronium, qui nihil dolo fecit, non teneri. Et est verum, eum, qui non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit in monendis procuratoribus, et actoribus, et in regendis consilio, mandati non teneri: sed si quid dolo fecerit, non mandati, sed magis de dolo teneri.“

Wenn ich meinem Geschäftsführer, meiner Bedienung die Weisung gebe, in gewissen Angelegenheiten nichts ohne Befragen und ohne vorher eingeholten Rath eines meiner Freunde

zu thun, so kann dieser für den Erfolg gar nicht als Mandatar verbunden angesehen werden, obschon er für arglistig ertheilte Rathschläge de dolo verantwortlich werden kann. Es leuchtet diess von selbst ein. Der Freund hat etwas rein Subjectives, gar nicht nach äussern Kennzeichen Bestimmbares übernommen.

„l. 21. Cum, mandatu alieno, pro te fidejusserim, non possum adversus te habere actionem mandati; quemadmodum qui alienum mandatum intuitus spopondit: sed si non utique unius, sed utriusque mandatum intuitus id fecerim, habebo mandati actionem etiam adversus te; quemadmodum, si duo mihi mandassent, ut tibi crederem, utrumque haberem obligatum.“

Diese Stelle bedarf keiner Erläuterung. Dasselbe gilt von l. 20. §. 1.

„Fidejussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fidejusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.“

„l. 22. §. 10. Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit: Trebatius, Ofilius, Labeo responderunt, his, qui praesentes fuerunt, competere adversus eum mandati actionem; his autem, qui absentes fuerunt, negotiorum gestorum actionem esse. Atquin si praesentium mandatum executus, id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est, nisi forte adversus eos, qui mandaverunt curatori, tanquam si negotia absentium gesserint: quod si, cum soli creditores se esse existimarent, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos, qui mandaverint.“

Dieses Gesetz, welches sich auf die Verhältnisse der Gläubiger eines Gemeinschuldners zu dem Gütervertreter bezieht, hat keinen practischen Werth. Wie gross die Verschiedenheit sei, welche hierunter zwischen den heutigen und den Rechtsansichten der Römer stattfindet, diess zu belegen würde allein das citirte Fragment ausreichen. In Gegenwart gewisser, indem sie nicht widersprachen, stillschweigend dazu Auftrag gebender Gläubiger, hat ein curator bonorum dem Gemeinschuldner zustehende Güter verkauft. Er unterlässt, den Gläubigern den Erlös zu zahlen, bei dessen Auszahlung die abwesenden Gläubiger nicht weniger interessirt sind, als die anwesenden. Letztere sind somit Mandanten, und haben die act. mand. Von den erstern hatte er weder ausdrücklichen noch stillschweigenden Auftrag. Sie können also auch nicht mandati klagen. Allein der curat. bonorum hat ein dieselben interessirendes Geschäft bewerkstelligt, und darum haben diese gegen ihn die act. negot. Wenn sich aber eine negot. gestio nicht denken lässt, weil z. B. der curat. bonorum gar keine Kenntniss von der Existenz abwesender Gläubiger hatte, so haben letztere auch nicht diese Klage gegen ihn. Sie können aber, jedoch nicht unbedingt, gegen die Anwesenden act. negot. gest. haben

auf Theilung des Erlöses. Denn indem die Anwesenden dem curat. bonorum Auftrag gaben, vollzogen sie ein nicht sie allein, sondern auch die Abwesenden interessirendes Geschäft. Wenn aber auch die actio neg. gest. gegen die Anwesenden nicht statt finden kann, weil selbige von der Existenz abwesender Gläubiger keine Kenntniss hatten und also mit der Absicht, für diese thätig zu sein, die Möglichkeit, einer von Seiten der Abwesenden gegen die Anwesenden anstellbaren Klage wegfällt, dann soll den Abwesenden gegen die Anwesenden in Betreff ihres, der Abwesenden, antheiligen Perceptionsquantums actio in factum gegeben werden, damit jene, was sie actione mandati vom curat. bonorum herausklagen, mit ihnen, den Abwesenden, theilen.

„l. 62. pr. Cum controversia esset de hereditate defunctae, inter scriptum heredem, et patruum Maevium, et amitas, Maevius, literis ad sorores suas factis, declaravit, commune futurum, quidquid ad eum ex eventu litis hereditariae pervenisset: neque stipulatio literas secuta est: Quaesitum est, cum transegerit idem Maevius cum scripto herede, ita, ut praedia et aliae quaedam res ex ea transactione ad eum pervenirent, an ex literis suis possit a sororibus conveniri? Respondit, posse.“

In dem Fragmente ist nicht ausgesprochen, ob Maevius als Mandatar angesehen werden solle oder nicht. Es liegt aber deutlich in dem hier angegebenen Verhältnisse, zum Theil auch in den Worten des Scaevola vor, dass hier an eine act. mand. nicht zu denken sei.

Titia stirbt und hinterlässt Tanten und einen Oheim Maevius. Zwischen diesen Personen einerseits und dem von der Titia eingesetzten Erben andererseits bricht ein Process aus über den Nachlass. Maevius schreibt an seine Schwestern: was von dem Nachlasse mittelst Vergleichs auf meinen Antheil abfallen sollte (quidquid ad me ex eventu litis hereditariae pervenerit,) das will ich mit Euch theilen. Wenn er sich alsdann vergleicht, und von dem Erben gewisse Grundstücke überlassen bekommt, so können die Schwestern verlangen, dass er dieselben mit ihnen theile. Maevius hat hier nichts für Rechnung und Gefahr der Schwestern gethan, sondern eine Schenkung zugesichert. Auch fragt Scävola nicht, ob man den Maevius als Mandatar betrachten könne oder nicht, sondern — und diess bejaht er — ob ohne hinzukommendes weiteres gegentheiliches Versprechen allein der Brief des angegebenen Inhaltes den Maevius zur Theilung verbunden mache.

„l. 12. §. 14. Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum, rectissime Papinianus ait. Plane, si, ut exspectares nec urgeres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum, pericu-

loque meo pecuniam fore dicam: verum puto, omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere.“

Es ist kein Mandat gegeben, wenn ich Jemandem etwas schon Geschehenes zu bewirken auftrage. Die Anwendung auf den Fall, wo Jemandem aufgetragen wird, einem Anderen Geld zu leihen, nachdem der Beauftragte es schon vorgestreckt hat, macht sich von selbst. Wohl aber ist ein Mandat vorhanden, wenn ich dem Gläubiger die Weisung gebe, das Darlehn auf meine Rechnung und Gefahr zu gestunden.

§. 7.

Zu a. in §. 5.

Es ist ein Mandat und keine negot. gestio, selbst wenn der Mandant sein Anverlangen auf eine von dem Andern zu übernehmende „negotiorum administratio,“ das Synonymum von „negotiorum gestio,“ gerichtet hätte. Wollte man annehmen, dass in einem solchen Falle negot. gestio und kein Mandat vorhanden sei, so würde man in die Absurdität verfallen, vorauszusetzen: dass der dominus negotii in dem Augenblicke, wo er das Verlangen aussprach, es zugleich habe als nicht ausgesprochen betrachtet wissen wollen, indem die negot. gestio dem Gerenten die Wahl lässt, ob und inwieweit er überhaupt für den Andern thätig sein wolle oder nicht.

„l. 6. §. 1. Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus. Nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur: nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum idcirco, quod mandatum susceperit; denique tenetur, etsi non gessisset.“

„l. 8. pr. Si procuratorem dedero, nec instrumenta mihi causae reddat, qua ratione mihi teneatur? Et Labeo putat mandati eum teneri: nec esse probabilem sententiam existimantium, ex hac causa agi posse depositi: uniuscujusque enim contractus initium spectandum, et causam.“

Die Documente, die ich meinem Procurator übergeben habe, weil sie ihm zur Prozessführung nöthig waren, sind nicht als depositum bei ihm. Denn die Absicht bei der Uebergabe beschränkte sich nicht auf die Niederlegung. Die Verbindlichkeit zu Aufbewahrung liegt in dem Mandate und ist ein Theil der mit demselben übernommenen Verbindlichkeiten. (M. vgl. cp. 3. num. 4.)

„l. 22. §. 2. Interdum evenit, ut meum negotium geram, et tamen utilem habeam mandati actionem: veluti, cum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat; aut cum rogatu fidejussoris cum reo experior. Nam quamvis debitum meum persequar, nihilominus et illius negotium gero; igitur, quod minus servavero, consequar mandati actione.“

Mein Schuldner bezahlt mich durch Anweisung auf seinen Schuldner, indem er mir zugleich Gewähr für die Exigi-

bilität der Post leistet. Ich handle auf seine Rechnung und Gefahr und bin sein Mandatar, und fordre also von ihm, was ich von seinem Schuldner nicht erlangen möchte. Eben so wenn ich auf des Bürgen Anverlangen von dem Hauptschuldner fordre, was ich von jenem aus der Bürgschaft verlangen könnte.

„l. 27. pr. Si quis alicui scripserit, ut debitorem suum liberet, seque eam pecuniam, quam is debuerit, soluturum: mandati actione tenetur" ist das einfachste Beispiel, das man sich von einem Mandate denken kann.

„l. 32. Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset, damnum praestari, et hoc mandatum intercessisset: fore mandati actionem existimo. Si quae autem mandaverit alicui, ne legatum a se repellat, longe ei dissimile esse: nam legatum acquisitum nunquam illi damno esse potuit, hereditas interdum damnosa est. In summa, quicunque contractus tales sunt, ut quicunque eorum nomine fidejussor obligari posset, et mandati obligationem consistere puto: neque enim multum referre, praesens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet. Praeterea vulgo animadvertere licet, mandatu creditorum hereditates suspectas adiri, quos mandati judicio teneri procul dubio est."

Dreierlei ist bemerkenswerth in dem vorliegenden Gesetze.

a) Durch Antritt einer Erbschaft werde ich den Gläubigern derselben obligat. Es ist also möglich, dass ich eine solche erst dann antrete, wenn Jemand mir Caution leistet, dass ich mich nicht in überlästige Schulden bringe. Eine solche Caution, d. h. Gewährleistung, macht den, der sie leistet, zum Mandanten; denn wir sind darüber einverstanden, dass ich die Erbschaft auf seine Rechnung und Gefahr antrete. Nur in soweit gehört die Stelle hieher.

b) Es ist kein Mandat möglich, dass Jemand ein Legat annehmen solle. Denn da ein solches nur lucrativ sein, wenigstens nie überwiegende Schuldverbindlichkeiten begründen kann, so ist keine Gefahr vorhanden, welche ein Anderer auf seine Rechnung übernehmen könnte.

c) Ein Mandat ist möglich in allen Fällen, wo eine Fidejussion möglich ist. In der Wirkung laufen sie auf ein und dasselbe hinaus. Die Gewähr leistet mir sowohl Derjenige, welcher auf meine Frage: „Jubesne, me hanc hereditatem fide tua adire?" die conforme, bejahende Antwort giebt, als auch der, welcher zu mir sagt oder schreibt: „rogo, mando, volo te hereditatem fide mea adire."

Mit der Bemerkung sub c. ist zu verbinden l. 62. §. 1.

„Mandavi in haec verba: Lucius Titius Gajo suo salutem; Peto et mando tibi, ut fidem dicas pro Publio Maevio apud Sempronium: quaeque a Publio soluta tibi non fuerint, me repraesentaturum, hac epistola, manu mea scripta, notum tibi

facio: quaero, si non fidejussisset, sed mandasset creditori, et alias egisset, quam quod ei mandatum esset, an actione mandati teneretur? Respondit teneri.“

Lucius Titius hat dem Gajus aufgetragen, sich zu verbürgen für den Maevius bei dem Sempronius. Gajus fidejubirt nicht, sondern wird Mandatar des Sempronius und angesehen, als habe er damit dem Auftrage nicht Genüge geleistet. Um Uebereinstimmung zwischen dieser und der oben citirten Stelle zu finden, von denen letztere es gleichgiltig findet, ob Jemand fidejussor oder Mandatar geworden, muss man auf die Worte: „et aliter agitur, quam quod ei mandatum esset,“ ein besonderes Gewicht legen, annehmen, dass mit diesen Worten eine Beziehung angedeutet worden, zufolge welcher das statt der fidejussio bewirkte Mandat nicht bloss etwas formell, sondern auch in den Wirkungen materiell von jenem Verschiedenes geworden war.

„l. 33. Rogatus, ut fidejuberet, si in minorem summam se obligavit, recte tenetur. Si in majorem Julianus verius putat, quod a plerisque responsum est, eum, qui majorem summam, quam rogatus erat, fidejussisset, hactenus mandati actionem habere, quatenus rogatus esset: quia id fecisset, quod mandatum ei est: nam usque ad eam summam, in quam rogatus erat, fidem ejus spectasse videtur, qui rogavit.“

Dem A ist vom B aufgetragen worden, sich für diesen zu verbürgen. Wenn A sich für weniger verbürgt, als B verlangt, so hat er nur insoweit das Mandat übernommen und hat nur insoweit act. mandati. Hat er sich für mehr verbürgt, so ist er nur insoweit Mandatar und hat die entsprechende Klage nur, insoweit er das Mandat nicht überschritten.

„l. 34. pr. Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus ejus pecuniam exegisset, epistolam ad eum emisit, qua significaret, certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus. Quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit? Et an usurae peti possint? Respondit, non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri posse. Nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat: quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt. Item quod, si a debitore meo jussero te accipere pecuniam, credita fiat: id enim benigne receptum est. His argumentum esse, eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam, periculo ejus fore, qui accepisset argentum. Et in proposito igitur dicendum: actione mandati obligatum fore procuratorem, ut,

quamvis ipsius periculo nummi fuerint, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat.

Dies Fragment behandelt ebenfalls in Beziehung auf einen gegebenen Fall sehr umständlich die Frage, ob ein Mandat oder ein andrer Contract vorhanden sei. Die allgemeine Wahrheit, welche dem Gesetze zu Grunde liegt, besteht darinnen, dass an ursprünglichen Contractsverhältnissen nichts geändert werde durch die Bezeichnungen, welche die Interessen dem Geschäfte geben möchten, oder auch durch hinzugekommene, wirklich neue Nebenbestimmungen, sobald nur dadurch nichts in dem Wesen des ursprünglichen Contracts abgeändert wird. Die Folge davon war, dass also auch die dem letztern entsprechende Klagform unter solchen Umständen nicht aufgehoben wurde. Eine Bemerkung, welche bei dem vorherrschenden Formalismus der unterschiedenen Klaggattungen bei den Römern eine Wichtigkeit hatte, für welche sich in heutigen Rechtsansichten nichts Analoges findet. Vorauszuschicken ist noch die Bemerkung, dass die Römer als mutuum etwas benannten, das in engere Gränzen eingeschlossen war, als unser „Darlehn.“ Ihnen war das mutuum: baar in der Maasse dargeliehenes Geld, dass in des Gebers Eigenthum befindliche Geldstücke in des Empfängers Eigenthum übergingen, unter der von letzterem übernommenen Verpflichtung, die gleich grosse Summe zurückzuzahlen, entweder zinsbar bis zur Zurückzahlung oder unverzinsbar. Man vergl. l. 2. §. 1—3. „de reb. cred. (12. 1.) . . mutuum non potest esse, nisi perficiatur pecunia.“

Des Lucius Titius Geschäftsführer, der von des Mandanten Schuldnern Geld eincassirt hat, schreibt an Letztern: er wolle das aus der Administration erhobene Geld gegen sechs Procent Zinsen schuldig sein. L. Titius hatte dem nicht widersprochen, und nun entstand die Frage, ob unter diesen Umständen das Geld als pecunia credita, als geliehenes, nicht als aus der Geschäftsführung schuldiges, könne gefordert werden, ob die Forderung auf die Zinsen durch dieses Versprechen begründet sei? Das Responsum fiel dahin aus, dass kein Darlehn vorhanden und des L. Titius Verhältniss zu dem Grschäftsführer auch in Hinsicht auf jene Geldsumme als Mandat zu behandeln sei. Der Entscheidungsgrund: „alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse,“ d. h. „sonst würde man consequenter Weise annehmen müssen, dass jede contractmässige Verbindlichkeit nuda pactione zum Darlehnscontracte werden könne“ lässt die höher liegende Frage offen, warum diess nicht geschehen könne; und diese ist zu beantworten. Es kann diess nicht geschehen, weil, der Name das Wesen einer Sache nicht ändern kann, und weil, was in dem vorliegenden Falle besonders war ausgemacht worden, den Begriff des Mandates nicht zer-

störte. Das Geld zu gewähren ist der Geschäftsführer schon ex mandato gehalten eben so gut, als wenn er von Haus aus Erborger wäre. Als Mandatar hatte der Geschäftsführer nicht für die Gefahr zu stehen, jetzt hat er diese Verbindlichkeit übernommen. Allein auch diess hebt das Mandat nicht auf. Denn ich kann als Mandatar auch die Gefahr eines Geschäfts übernehmen. (Man s. Cap. III. num 7.); Zinsen muss jeder Mandatar zahlen, welcher von erhobenen Geldern für sich Gebrauch macht und das Maass dieser Verbindlichkeit lässt sich durch der Interessenten Uebereinkunft im Voraus nach einem gewissen Zinsfuss bestimmen. Während auf diese Weise der genehmigte Inhalt des, von dem Geschäftsführer geschriebenen Briefs das Mandat nicht aufhebt, lässt sich schon um desswillen nicht von pecunia credita, nicht von einem mutuo sprechen, weil keine dem L. Titius eigene Geldstücken dem Geschäftsführer überlassen worden sind. Pecunia deposita hingegen wird in pecuniam creditam verwandelt, weil hier nummi (Geldstücken), qui mei erant, tui fiunt. Hiernächst begegnet Africanus einem Einwande: Es ist ja doch ein mutuum vorhanden, wenn ich Jemanden Hinsichts eines, demselben zugesicherten Darlehns an meinen Schuldner assignirt habe und von diesem die Zahlung bewirkt worden. (M. vergl. l. 6. §. 6.) Allein dieser Einwand ist nicht durchgreifend, denn hierin liegt nur eine einzelne Abweichung von dem feststehenden, Baarzahlung voraussetzenden Begriffe der pecuniae creditae, welche die Praxis angenommen hat, um den Geschäftsverkehr nicht an entbehrliche Umständlichkeiten zu knüpfen; hier verstattet man die Schuldklage, weil sonst gar keine Klagformel anwendbar gewesen wäre. Dass man in der Regel streng an dem eben angeführten Begriffe der pecuniae creditae hielt, beweist der Umstand, (his argumentum esse, cum etc.), dass wenn ich Jemandem Effecten übergebe, damit er sie verkaufe und das daraus gelösste Geld als Darlehn behalte, er doch um desswillen nicht (nihilomagis — die in der Glosse citirte Lesart nihilominus ist offenbar nicht die richtige) die Schuldklage anstellen kann. Diess widerspräche dem Begriffe der pecuniae creditae und gegen diesen in einem solchen Falle zu verstossen ist kein Grund vorhanden, weil hier die act. mand. sich gebrauchen lässt. Dafür dient l. 19. C. eod. zum Belege.

„Pretii rerum distractarum, quae venales praecedente mandato acceperas, ultra licitum usuras ex stipulatione, vel mora praestare (licet pignora data probentur) compelli non potes.“

In der letztern Beziehung finden wir eine Antinomie. In l. 11. de reb. cred. (12. 1.) steht: „Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem; ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris: Si vendideris puto mutuam pecuniam factam.“ Ulpian meint hier, in einem solchen Falle sei die Schuldklage zulässig. Wenn

der Verkauf sich nicht hätte realisiren lassen, und also auch nach Ulpians Ansicht die Schuldklage nicht begründet sein konnte, empfiehlt eben derselbe in l. 19. de praescr. verb. (19. 5.) eine actionem praescriptis verbis.

„Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem; ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris: Si non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est, ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis; quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus."

Auch aus dieser Stelle sieht man, wie hier die Römische Praxis schwankte und demzufolge die Antinomie nichts überraschendes hat.

Die Frage, ob ein mandatum oder ein anderes Geschäft, namentlich ein Kauf vorhanden, behandelt l. 34. §. 1. in Betreff eines gegebenen Falles auf eine Weise, die nicht empfehlenswerth genannt werden kann, wenn man die Schwierigkeiten erwägt, welche sich dem Verständnisse der Stelle entgegensetzen.

„Cum heres ex parte esses, mandavi tibi, ut praedium hereditarium mihi emeres certo pretio; emisti: Pro coheredum quidem partibus non dubie mandati actio est inter nos: pro tua autem parte posse dubitari ait, utrumne ex empto, an mandati agi oporteat. Neque enim sine ratione quem existimaturum, pro hac parte sub conditione contractam emptionem. Quod quidem maxime quaeri pertinere ait, ut si forte prius, quam empto fieret, decesserim, et tu, cum scires, me decessisse, propter mandatum meum alii vendere nolueris, an heres meus eo nomine tibi sit obligatus? Et retro, si alii vendideris, an heredi meo tenearis? Nam si quidem sub conditione emptio facta videtur, potest agi, quemadmodum si quaevis alia conditio post mortem exstitisset: sin vero perinde mandati agendum sit, ac si alienum fundum emi mandassem, morte insecuta, cum id scieris, resoluto mandato, nullam tibi actionem cum herede meo fore: sed et si mandati agendum esset, eadem praestanda, quae praestarentur, si ex empto ageretur."

A B und C haben gemeinschaftlich ein Grundstück ererbt. Ich will dieses Grundstück für mich acquiriren, und A macht sich verbindlich, es mir zu verschaffen.

Wenn man das Geschäft in seiner Gesammtheit betrachtet, ein Verfahren, das bei Beurtheilung von Rechtsgeschäften die Regel sein muss, so ist es ein Mandat. A hat übernommen, mir das Grundstück auf meine Rechnung zu verschaffen, in welche derselbe stellen wird, was er an B und C ausgegeben und was er zu seinem Antheile aufgiebt. Auch ist diess anerkannt in l. 35. „Si fundum, qui ex parte tuus est, mandavi tibi, ut emeres mihi, verum est, mandatum posse

ita consistere, ut mihi, ceteris partibus redemptis, etiam tuam partem praestare debeas."

Allein indem Africanus das Geschäft in Gemäsheit der verschiedenen Beziehungen zerlegt, welche sich ergeben, wenn man die verschiedenen Eigenthümer und deren dreifaches, nach intellectuellen Antheilen vorhandenes, Eigenthumsrecht an dem Grundstücke in Betracht zieht, gelingt es ihm, Zweifel zu erregen, ob A, soviel dessen eigenen Antheil betrifft, nicht einen Kauf geschlossen habe. Africanus bemerkt selbst, dass zwischen mir und dem A der materielle Werth der Verbindlichkeit dadurch keine Abänderung erleide. Er mag mein Verkäufer oder mein Mandatar sein, in beiden Fällen hat er mir seinen Antheil um den verhältnissmässigen Werth zu gewähren. „Sed et si mandati agendum esset, eadem praestanda, quae praestarentur, si ex empto ageretur." Indess die materielle Folge verbindet sich mit der bemerkten Unterscheidung, dass, wenn ein Kauf geschlossen worden über des A Antheil, mein vor Beendigung des Geschäftes eingetretener Tod an dessen Fortbestehen und Giltigkeit nichts abändert, während bei dem Mandate der entgegengesetzte Fall eintritt. Die hauptsächliche Schwierigkeit der Stelle bietet die emtio sub conditione facta, deren darinnen mehrmals Erwähnung geschieht.

Kann zu dem Antheile des A ex emto oder mandati geklagt werden? (pro tua autem parte posse dubitari ait: utrumne ex emto an mandati agi oporteat?)

In wiefern könnte man ersteres annehmen? Wenn man das Geschäft über des A Antheil als eine emtio venditio sub conditione facta ansähe. Wie aber ist diess möglich?

Sobald des A Antheil gekauft seyn soll, während ich nicht diesen Antheil allein, sondern auch die des B und C haben wollte, so ist die Uebereinkunft ihrem Sinne nach anzusehen, als hätte ich zu dem A gesagt: ich will Dein Abkäufer sein, unter der Bedingung, dass Du als mein Mandatar auch des B und C Antheil erkaufst. Es ergiebt sich als Folge, je nachdem ich das Geschäft

a) in Betreff aller Antheile als Mandat, oder
b) des Mandatars Antheil anlangend als emtio venditio sub conditione facta ansehe, ein verschiedenes Resultat.

Im ersten Falle ist das Geschäft völlig aufzuheben, sobald dem bewirkten Erkaufe der Antheile des B und C mein Tod vorhergeht (priusquam emtio fieret decesserim). Weder seinen Antheil, noch die des B und C meinem Erben abzutreten, ist in diesem Falle A gehalten; weder dessen, noch des B und C Antheile ist alsdann mein Erbe demselben abzunehmen verbunden.

Anders verhält es sich im andern Falle, wenn ich zu des A Antheil gekauft hätte und die Ausführung des Mandates hinsichtlich der Antheile des B und C sich nur als die Bedingung herausstellt, unter der dieser Kauf abgeschlossen

sein sollte. Alsdann ändert mein Tod nichts, erstlich in Hinsicht auf des A Antheil, denn die Verbindlichkeit zu gegenseitiger Erfüllung des Kaufcontracts geht auf der Contrahenten Erben über; dasselbe gilt aber auch in dem vorliegenden Falle von dem Mandate hinsichtlich des Antheils des B und C. Denn das Mandat ist hier kein selbstständiger Vertrag, sondern erscheint nur als ein mit dem Kaufe verbundener, diesen modificirender Nebenvertrag, dessen Giltigkeit und Fortdauer nicht nach eigenthümlichen Grundsätzen zu beurtheilen ist, sondern so lange besteht, als der Hauptvertrag nicht aufgehoben worden. (si sub conditione emtio facta videatur, posse agi, quemadmodum si quaevis alia conditio post mortem exstitisset.)

l. 22. §. 3 und 5. bleiben noch in dem vorliegenden Zusammenhange zu erwähnen. §. 3. „Si hi, quorum res veneunt, quas pignori dederunt, supposuerunt emptores, et eis emendas res mandent, mandatum intelligitur: licet, quantum ad meram rationem mandatum non constitit: nam cum rem tuam emas, nulla emptio est in tua persona rei tuae."

§. 5. „Is, cujus bona publicata sunt, mandare alicui potest, ut ea emat: et si emerit, utilis erit mandati actio, si non praestet fidem. Quod ideo receptum est, quia publicatis bonis, quidquid postea adquiritur, non sequitur fiscum."

Zu §. 3. Dasjenige, was mein ist, kann ich um desswillen nicht anderweit erwerben; allein, wenn es in eine Auction kommt, kann es ein Anderer auf meine Rechnung erstehen.

Zu §. 5. Die publicatio bonorum tilgte die Rechnung mit dem Fiscus. Also könnte, was der fiscalische Schuldner von der publicatio an erwarb, ihm nicht entzogen werden, und darum konnte er auch unter den angegebenen Umständen Forderungen aus dem ertheilten Mandate geltend machen.

§. 8.

Zu c. in §. 5.

Zusammentreffende Verbindlichkeit aus dem Mandate und aus andern Rechtsverhältnissen.

1) „l. 8. §. 4. Si tutores mandaverint contutori suo mancipium emendum pupillo, et ille non emerit, an sit mandati actio? Et utrum tantum mandati, an vero et tutelae? Et Julianus distinguit: referre enim ait, cujus generis servum tutores uni tutorum mandaverint, ut emeret. Nam si supervacuum servum, vel etiam onerosum, mandati actione tantum eum teneri; si vero necessarium servum, tunc et tutelae eum teneri, non solum sed et ceteros: nam et si non mandassent, tenerentur tutelae, cur servum pupillo necessarium non comparaverunt. Non sunt igitur excusati, quod contutori mandaverunt, quia emere debuerunt. Plane habebunt nihilominus mandati actionem, quia mandato non est obtemperatum. Con-

tra quoque Julianus ait, tutorem, qui emit, mandati actionem habere adversus contutores suos."

Wenn einem Unmündigen mehrere Vormünder sind bestellt worden, so liegt ihnen allen mit einander ob, für die zweckmässige Verwaltung des, dem Mündel gehörigen, Vermögens zu sorgen. Augenscheinlich ist es, einerseits, dass sie dieser Verbindlichkeit sich nicht eigenmächtig entziehen dürfen, indem sie einem oder dem andern Einzelnen aus ihrer Mitte auftragen, für sie zu thun, was von ihnen allen gefordert werden kann, andererseits, dass ein solches, unter mehrern Vormündern eingegangenes Mandat, alle Folgen hat, die ein Mandat zwischen Mandanten und Mandatar erzeugt. Hieraus ergiebt sich, dass, wenn mehrere Vormünder Einem aus ihrer Mitte aufgetragen haben, zu bewerkstelligen, was die zweckmässige Verwaltung des Mündelvermögens erheischte, sie sämmtlich, Mandanten so gut als Mandatar, actione tutelae gehalten bleiben für das, was dem Einzelnen, als Beauftragten, von den übrigen war zugetheilt worden, unter ihnen selbst aber die actio mandati gegenseitig statt findet. Wenn das beabsichtigte Geschäft nicht im Interesse des Unmündigen lag, so kann dessen Unterlassung natürlich nicht actionem tutelae begründen; allein ausgeführt oder nicht ausgeführt begründet es gegenseitig unter den Vormündern act. mandati.

2) „l. 22. §. 7. Si tibi centum dedero, ut ea Titio dares, tuque non dederis, sed consumpseris, et mandati et furti teneri te Proculus ait: aut si ita dederim, ut quae velles, dares, mandati tantummodo."

Wenn ich Jemandem Geld gebe mit dem Auftrage, es an einen Dritten auszuzahlen und er unterlässt es, so habe ich actionem mandati gegen ihn. Wenn er aber das Geld noch obenein in eigenen Nutzen verwendete, so kann ich ihn auch als Dieb belangen. Wenn aber der Auftrag so lautete: „Nimm diess Geld und gieb davon so viel Du willst an einen Andern" so habe ich ihn ermächtigt, das Geld für sich zu nehmen, insoweit er es nicht einem Andern geben möchte, und ich habe nicht act. furti, weil der Andere nichts gethan hat, was dem Auftrage entgegenläuft.

Cap. 2.

Ueber die Unentgeldlichkeit des Mandatcontractes.

1) Unentgeldlich unterzieht sich der Mandatar dem übernommenen Geschäfte, wenn keine Vergeltung besonders verabredet worden.

2) Ungiltig ist eine solche Verabredung, insofern der Beauftragte einer Process führenden Partei sich einen Antheil an dem Streit-Gegenstande bedungen hat.

3) Insoweit das übertragene Geschäft zu derjenigen Gattung von Geschäften gehört, welche der Mandatar als Broderwerb treibt, bedarf es keiner solchen Verabredung.

Erläuterungen.

§. 1.

Zu Num. 1. und 2.

l. 1. §. 4. erklärt das Mandat für null und nichtig, wenn es nicht gratuit, sondern gegen einen Lohn (merces) übernommen worden.

l. 6. pr. lässt das Mandat als Mandat bestehen: (mandati erit actio) „si remunerandi gratia honor intervenit."

l. 7. erkennt ein versprochenes Salar als eine klagbare Forderung an, insofern nicht dasselbe auf ein, den guten Sitten entgegenlaufendes, Geschäft der in num. 2. genannten Art hinausläuft. „Salarium procuratori constitutum si extra ordinem peti coeperit, considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit, atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat, an eventum litium, majoris pecuniae praemio, contra bonos mores procurator redemerit?"

In den eben citirten Stellen werden merces, honor und Salar, eines wie das andere eine Belohnung, ganz verschieden beurtheilt. Die merces soll den Contract null und nichtig machen; honor und Salar bewirken diess nicht. Ein hierauf

gerichtetes Versprechen ist blos unter der in num. 2 gedachten Voraussetzung ungiltig, ohne die Rechtsbeständigkeit des Mandats selbst zu erschüttern.

„l. 56. §. 3. Salarium incertae pollicitationis neque extra ordinem recte petitur, neque judicio mandati, ut salarium tibi constituatur.“

Ganz deutlich ist hier ausgesprochen, was unter 1. mit andern Worten gesagt ist. Wenn keine Vergütung mittelst eines gehörig bestimmten Versprechens zugesichert worden, so kann weder sofort eine Vergütung, noch auch eine solche in Gemässheit vorhergegangener richterlicher Ausmittelung ihres Betrags gefordert werden; allein es hätte eine solche recht füglich können versprochen werden. Endlich l. 10. §. 9. zeigt, dass für Bemühung und Verläge des Mandatars ein Bauschquantum verabredet werden kann:

„Idem Labeo ait, et verum est, reputationes quoque hoc judicium admittere. Et sicuti fructus cogitur restituere is, qui procurat, ita sumtum, quem in fructus percipiendos fecit, deducere eum oportet; sed et si ad vecturas suas, dum excurrit in praedia, sumtum fecit, puto hos quoque sumtus reputare eum oportere, nisi si salariarius fuit, et hoc convenit, ut sumtus de suo faceret ad haec itinera. (hoc est de salario.)“

Mein Beauftragter hat für mich eine Oekonomie zu besorgen. Ich muss ihm die Fuhrlöhne erstatten, welche er aufwendet, um die verschiedenen Grundstücke zu besuchen; es wäre denn, dass ich ihm ein Salar zugesichert hätte und wir dabei übereingekommen wären, dass damit nicht nur seine Mühwaltung honorirt, sondern auch jede Rechnung für Fuhrlohn im Voraus getilgt sein sollte.

Wenn diess Räthsel und Widersprüche sein sollten, so gehören sie doch zu den leicht lösbaren.

Man hat zwischen materieller und formeller Nullität des Mandates zu unterscheiden. Wirkungslos und also eigentlich verboten kann ein Vertrag nicht sein, welcher, ausser den in Cp. I. aufgestellten Kennzeichen, auch noch das an sich trägt, dass die übernommene Mühwaltung nicht unentgeldlich geleistet werden solle. Ein positiv rechtlicher Grund ist dazu nicht vorhanden und eben so wenig ein rationeller; denn es würde höchst unvernünftig sein, Jemandem es unerreichbar zu machen, für Geld zu erlangen, was er sich nicht umsonst verschaffen konnte. Die Worte des Gajus: „nam mandatum originem ex amicitia atque fide trahit“ erklären nichts; denn in jedem concreten Falle, wo eine Belohnung versprochen worden, würde es sich ausweisen, dass nicht amicitia und fides die Motiven des Vertrags waren. Allein formell ist die Nullität nach Römischem Rechte vorhanden. Die Uebernahme eines Geschäfts gegen bedungene Vergütung nannten die Rö-

mer nicht mandatum, sondern locatio conductio, oder sie erkannten darinne einen Contract, welchem die Verabredung do ut facias zu Grunde liegt. Jede Klage, und also auch jede Klage aus einem Contracte, wurde mittelst einer bestimmt vorgeschriebenen Formel angebracht und also mittelst einer andern Formel eine Klage aus dem Mandat, eine aus einer locatio conductio und eine aus einem Contracte do ut facias. Ich konnte daher recht füglich aus einem Contracte klagen, in Gemässheit dessen mir Jemand seine Thätigkeit für einen bestimmten Lohn zugesagt hatte. Nur aber konnte ich hiezu nicht die Formel gebrauchen, welche der actio mandati eigen war. Man vgl. §. 13. I. h. tit. (III, 26.): „In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere; nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. Et ut generaliter dixerimus, quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, iis casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intelligitur. Et ideo, si fulloni polienda curandave vestimenta quis dederit, aut sarcinatori sarcienda nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio."— Daher blieb die actio mand., wenn man die Leistung nicht unentgeldlich zugesagt erhalten hatte, nur insofern statthaft, als die Vergütung mittelst einer besondern Uebereinkunft war zugesagt worden. Alsdann aber klagte der Mandant aus dem Mandate und ganz unabhängig von dem hiermit beginnenden Processe mochte der Mandatar die ihm zugesicherte Vergütung fordern. Diess beweisen die Worte extra ordinem in l. 7. cit. und l. 56. §. 3. cit. Dasselbe beweist „l. 1. C. eod. tit.: „Adversus eum, cujus negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus, vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri. De salario autem quod promisit apud Praesidem provinciae cognitio praebebitur."

Für uns, die wir nur auf den materiellen Gehalt der Verträge, nicht auf den verschiedenen Formalismus ihrer Geltendmachung nach Römischem Rechte das Absehen richten, ist jene Unterscheidung völlig bedeutungslos. Ein ganz analoges Beispiel giebt die sogenannte societas leonina. Wenn aus einem gemeinschaftlichen Geschäfte dem Einen aller Gewinn, dem Andern aller Verlust zufallen soll, so kann Jener den Gewinn nicht mittelst der Klage aus der Societät fordern, denn ein solches Verhältniss wird keine Societät genannt. Darum aber ist er nicht des Rechts der Forderung überhaupt verlustig. (Man vgl. *Thibaut System des Pandectenrechts* §. 883. 6te Ausgabe.)

§. 2.
Interpretation der l. 6. §. 7.

„Marius Paulus quidam fidejusserat pro Daphnide, mercedem pactus ob suam fidejussionem et sub nomine alterius ex eventu litis caverat, sibi certam quantitatem dari; hic a Claudio Saturnino Praetore majores fructus inferre jussus erat, et advocationibus ei idem Saturninus interdixerat. Videbatur autem mihi judicatum solvi fidejussisse et quasi redemtor litis exstitisse, et velle a Daphnide mandati judicio consequi, quod erat condemnatus; sed rectissime divi fratres rescripserunt, nullam actionem eum propter suam calliditatem habere, quia mercede pacta accesserat ad talem redemtionem. Marcellus autem sic loquitur de eo, qui pecunia accepta spopondit, ut, si quidem hoc actum est, ut suo periculo sponderet, nulla actione agat; sin vero non hoc actum est, utilis ei potius actio competat. Quae sententia utilitati rerum consentanea est."

Die Schlussworte dieser Stelle enthalten die Bestätigung des oben Gesagten, dass diejenige Nullität eines Mandats, welche Gajus vorhanden glaubt, in allen Fällen, wo Jemand, auf dessen Rechnung und Gefahr ein Andrer ein Geschäft übernimmt, dem Geschäftsführer eine Belohnung für seine Mühwaltung zusichert, eine blos formelle Nullität ist, die nicht das Recht der Forderung überhaupt, sondern nur die Möglichkeit der Forderung mittelst der eigentlich sogenannten actio mandati ausschloss.

Für das Verständniss des übrigen Inhalts der Stelle ist Folgendes zu sagen. Jemand hatte mittelst einer Sponsion (man vergleiche *Gajus Inst. Comment.* lb. III. §. 93.) versprochen für einen Andern zu zahlen und dafür von diesem Geld erhalten. Der, für den die Sponsion gemacht wurde, wäre als Mandant anzusehen, wenn nicht im vorliegenden Falle die sponsio non gratuita verböte, das Geschäft unter diejenigen zu rubriciren, welche mittelst der action. mand. geltend gemacht werden. Soll aber der sponsor darum überhaupt keine Klage haben? Marcellus, dessen Meinung dem Ulpian die den Verhältnissen und der Billigkeit angemessene schien („quae sententia utilitati rerum consentanea est") beantwortet diese Frage mittelst einer Unterscheidung. Pecunia accepta hat der sponsor nur alsdann keine Klage, wenn er periculo suo spondirt, d. h. wenn er versprochen hat, die Zahlung, hinsichtlich deren die Verbindlichkeit bestreitbar war, zu leisten, falls dieselbe eine wirklich schuldige wäre, und wenn er in Hinsicht auf die für das übernommene Risico erhaltene Geldsumme keinen Regress an den Hauptschuldner zu nehmen versprochen. Hingegen wenn der sponsor, der erhaltenen Geldsumme ohngeachtet, ohne Begebung der Regressnahme an den Hauptschuldner mit seinem Credite eingetreten

ist, alsdann hat er actionem utilem, d. h. nicht action. mandati, sondern eine nach Analogie der actio mandati gegebene. Soviel, aber auch nicht mehr, liegt in dem Fragmente mit unbestreitbarer Deutlichkeit vor. Sein übriger, höchst verwickelter Inhalt macht das Gesammtverständniss überaus schwierig. Keine der bisher unternommenen Auslegungen hat den Verfasser zu befriedigen vermocht. Die Erklärungen eines Joh. van de Water in den Obs. Jur. Rom. Traject. Bat. 1713. lib. II. cp. 4. pag. 127. und Herrmann Cannegieter in den Obs. Lugd. Bat. 1722. lib. II. cp. 9. pag. 175. haben schon um desswillen die Vermuthung gegen sich, weil sie ihre Zwecke nicht ohne Veränderungen des Textes erreichen. Dieses bedenklichen Verfahrens enthält sich Bilderdyck in den Obs. et Emend. Lugd. Batav. 1819. cp. 10. pag. 98. Allein auch dessen Ansichten kann der Verfasser nicht beistimmen, und zwar aus zweierlei Gründen. Seine Erklärung stützt sich hauptsächlich auf die Voraussetzung, dass redemtor litis auch derjenige genannt werde, welcher für Geld in des Beklagten passive Legitimation zur Sache eintritt. Man vergleiche die Worte pag. 103.: „pretio fidejubens videtur periculo suo fidejussisse vel, quod aliis verbis ait Ulpianus, quasi litem redemisse, id est pretio in se transtulisse, adeoque principalem debitorem liberasse, quasi redemtor litis factus sit.“

Wie man nach eigentlichem Wortgebrauche nur denjenigen einen redemtor nennen kann, welcher etwas gegen eine gegebene Summe empfängt, nur aber nach dem uneigentlichsten Wortgebrauche den, welcher eine Gefahr für eine Prämie übernimmt (und diess thut, wer auf seine Gefahr den Beklagten pecunia accepta in einem Processe vertritt): so bestätigt auch Brissonius de V. S. sub v. redimere, dass die eigentliche Bedeutung des litem redimere die sei: actionem alteri competentem pecunia data redimere et in se transferre.“

Ferner erweckt es kein günstiges Vorurtheil für Bilderdyck, wenn er von der Ansicht ausgeht, dass das einzig Wesentliche in der Stelle die fidejussio pro Daphnide sei. Diess kann man ihm nur glauben, indem man dem Ulpian zutraut, durch Einstreuung von unwesentlichen Dingen eben so sehr gefehlt zu haben, als die Hinweglassung wesentlicher Umstände eine juristische speciem facti tadelhaft macht.

Vielleicht gelingt es dem Verfasser, die Stelle genügend zu erklären, ohne dass er an dem Texte ändert, ohne dass er factische Momente supplirt oder als ausserwesentliche wegwirft. Nur um die Vergünstigung bittet er, den Fall und des Marius Paulus calliditas mittelst fingirter Summen zur leichtern Anschauung bringen zu dürfen.

Noch ist vorauszuschicken die Bemerkung, dass es etwas Anderes ist, sich für Jemandes Schuld verbürgen und etwas

Anderes, für einen Andern hinsichtlich des judicatum solvi Bürgschaft leisten. Jene Bürgschaft geht von dem Anerkenntniss einer vorhandenen Schuld aus, diese betrachtet die Schuld als Etwas, dessen Wahrheit und Grösse dahin gestellt bleibt, als Etwas erst künftighin zu erörterndes.

Marius Paulus, ein Advokat, Daphnis und ein Anderer, den wir Ancus nennen wollen, sind die drei Personen, die wir in casuistischer Verwickelung erblicken, in einer Verwickelung, bei welcher der Advokat am allerschlechtesten wegkam.

M. P. hat Bürgschaft geleistet für Daphnis; jedoch, wenn man den Sinn der Bürgschaft rein wörtlich und buchstäblich auffasste, keine Bürgschaft judicatum solvi: denn sonst hätte diess keine Frage werden können, welche Ulpian nach den factischen Kennzeichen bejahen zu müssen glaubte. Videbatur autem mihi judicatum solvi fidejussisse.

Nehmen wir ferner an, die Schuld des Daphnis an den Ancus war 100 Thlr. — und Marius Paulus erhielt von esterem 40 Thlr. — für die auf 100 Thlr. lautende Bürgschaft. Darin liegt noch keine calliditas des M. P., die ihn strafbar machte, wenigstens nicht nach des Marcellus Ansicht und auch nicht nach der des Ulpian. Denn Marcellus sagt, man habe actionem utilem, wenn man pecunia accepta fidejubirt habe, und Ulpian billigt diese Meinung, wie wir bereits gesehen haben.

Hiermit verband M. P. noch ein anderes Geschäft. Er bedung sich von dem Ancus eine Quota litis. „Sub nomine alterius ex eventu litis caverat sibi certam quantitatem dari." Welche lis kann damit gemeint sein? Nur ein Process des Ancus gegen den Marius Paulus, denn von allen drei Personen erscheint nur dieser als eine, gegen die geklagt worden. Man vergleiche die Worte „jussus est inferre, quod erat condemnatus. Wie kann man aber als Beklagter sich eine quotam litis bedingen? Man kann diess allerdings, wenn man als Beklagter dem Kläger das Versprechen abnimmt, dass dieser von dem ausfallenden Liquido einen gewissen Betrag, unbeigetrieben inne lassen solle. Demnach hat A. mit dem M. P. folgendes Uebereinkommen getroffen: von dem, was ich, A., gegen Dich, M. P., als Bürgen ausklagen werde, als den von D. mir schuldigen Betrag, lasse ich Dir 60 Thlr. — inne. Die Möglichkeit dieser Uebereinkunft lag nahe, sobald M. P. die Bürgschaft nicht für die von Daphnis erhaltenen 40 Thlr.— übernehmen wollte, und dem A. daran lag, wenigstens Etwas zu retten, da er sich einmal von dem Daphnis nicht das Volle versprach.

A. verklagt den M. Paulus vor dem Prätor Lucius Saturninus. Dessen Entscheidung wollen wir vor der Hand auf sich beruhen lassen. Ulpian referirt sie nur, um daran seine

Ansicht über das Verhältniss zu knüpfen, in welcher die Personen unter einander standen, als der verurtheilte M. P. eine Regressklage gegen D. beabsichtigte („velle consequi, quod erat condemnatus“).

Ulpian, welcher, wie das autem bezeichnet, mit der Entscheidung des Prätor nicht ganz einverstanden war, sagt:

1) M. P. hat fidejubirt judicatum solvi; denn obschon er ganz einfach für die Schuld einzustehen versprochen, setzte er ja doch, indem er sich Etwas ex eventu litis bedung, voraus, dass der Zahlung ein Process vorhergehen, dass erst die Forderung gerichtlich festgestellt werden müsse.

2) In Hinsicht auf A. ist M. P. redemtor litis geworden. Auch diess ist ganz richtig. Wenn M. P. condemnirt wird aus der Bürgschaft, so hat er den Regress gegen Daphnis und zwar auf eine Weise, die ihn zum redemtor litis gemacht hat. Gesetzt nämlich, das liquidum wird auf 100 Thlr. — festgestellt. M. P. zahlt nur 40 Thlr., — weil Ancus versprochen, ihm 60 Thlr. — inne zu lassen, es kann aber M. P. wegen 100 Thlr. — regrediren, da das besondere mit dem Ancus getroffene Abkommen, in Folge dessen ihm 60 Thlr. — inne gelassen werden, keinen Einfluss haben kann auf sein Verhältniss gegen D. Denn dass dasjenige, was der Gläubiger dem Bürgen erlässt, in der Absicht, dass es diesem, nicht aber dem Hauptschuldner zu Gute kommen soll, die Regressansprüche des Bürgen nicht schmälert oder gar aufhebt, diess belegt l. 10. §. 13.

„Si fidejussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fidejussorem remunerare voluit creditor, habere eum mandati actionem: Multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditor, vel si eam liberationem legavit.“

Was steht hier? — Es ist erlaubt, dem Bürgen ein Geschenk zu machen, um ihn zu remuneriren. (Diess ist der Fall in §. 7. cit. Dem M. P. sind erlassen worden 60 Thlr. — damit er die Bürgschaft für 100 Thlr. übernähme, nur mit dem Unterschiede, dass der Erlass im gegenwärtigen Falle im Voraus bedungen war.) Hier soll der Bürge um nichts weniger die Regressnahme haben, denn er würde sonst sein Geschenk einbüssen und der Wirkung nach immer, wenn auch nicht baar gezahlt haben. Dasselbe soll nach l. 10. §. 13. — die Parität des Verhältnisses bedarf keiner Auseinandersetzung — statt finden, wenn der Bürge mortis causa quittirt oder für die Bürgschaftssumme legatum liberationis erhalten hat.

3) Welche Klage kann M. P. anstellen wollen? Nach der Meinung des Ulpian die actionem mandati. Ulpian sagt nicht, dass er sie mit Erfolg anstellen kann. Aber unter allen genannten Klagen kann M. P. an keine andere gedacht haben. Dass mit Erfolg keine genannte Klage unter solchen Verhältnissen angestellt werden kann, sondern nur eine actio

utilis, sagt Ulpian indirect am Schlusse des §., indem er des Marcellus dahin lautende Meinung zu der seinigen macht.

Wie entschieden die divi fratres? Auf eine Weise, die an den Ansichten des Ulpian nichts änderte. In jeder einzelnen Beziehung hatte Ulpian Recht, allein die Verbindung dieser Beziehungen motivirt die Entscheidung der Kaiser. M. P. soll keine Klage haben, nicht ob pecuniam acceptam, sondern weil er pecunia accepta ein Litisredemtionsgeschäft der bemerkten Art gemacht hat, „quia mercede pacta accesserat ad talem redemtionem.“ Die Kaiser halten diess für eine Callidität und Jedermann wird ihnen hierin Recht geben. Erst hat sich M. P. von dem Daphnis 40 Thlr. geben und zugleich 60 Thlr. — im Voraus von dem A. versprechen lassen. Nun will er 100 Thlr. — vom D. einklagen, dem diess Manoeuvre also statt der 100 Thlr. — Hauptschuld zusammen 140 Thlr. — an den Bürgen kosten würde, während M. P., das von A. Erhaltene zu den von Daphnis erhaltenen 40 Thlr. gerechnet, nicht den Pfennig ausgegeben hat. Er will actione mandati einklagen einen Gewinn, den er durch seine Einmischung in das Verhältniss des Schuldners und des Gläubigers sich zu sichern gesucht. Das geht nicht. Man vergleiche l. 26. §. 4.: „praeterea sciendum est, non plus fidejussorem consequi debere mandati judicio, quam quod solverit.“

Wie streng die Römer in Hinsicht auf den Grundsatz waren, dass der Bürge keinen Gewinn zufolge seiner Einmischung in des Schuldners Verhältniss zu dem Gläubiger machen solle, belegt auch l. 59. §. 1.

„Paulus respondit, Fidejussorem, qui rem pignoris jure obligatam a creditore emit, mandati judicio conventum ab herede debitoris, oblato omni debito restituere cum fructibus cogendum; neque habendum similem extraneo emptori: cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat.“

Wenn der Gläubiger, anstatt den Bürgen in Anspruch zu nehmen, das Pfand verkauft und zwar an den Bürgen, so finden die Römer diess gegen die bonam fidem, und der Bürge muss, auch wenn er dabei verlieren sollte, das Pfand nebst gewonnenen Früchten herausgeben, ohne dass ihm der Pfandschuldner mehr dagegen zu geben hat, als den Betrag der durch den Verkauf des Pfandes getilgten Schuld.

Die Lesart „oblato omni debito“ drückt denselben Sinn, aber nur sprechender aus, welchen schon die Glosse mit der Florentinischen Lesart „ablato“ als gleichbedeutend mit „recepto omni debito“ verbindet.

Es bleibt noch übrig, die Entscheidung des Claudius Saturninus zu rechtfertigen. Nach heutiger Art zu sprechen hat ein Advokat, der solche Geldgeschäfte treibt, sich des öffentlichen Zutrauens unwerth gemacht, und man removirt ihn, wie M. P. removirt ward. Allein M. P. war auch noch „in majores

fructus" verurtheilt worden und wie hat man sich das zu denken? Wenn der Prätor die Fidejussion, bei deren wirklichen Fassung stehen bleibend und die Modification nicht berücksichtigend, die derselben, nach Ulpians Ansicht, durch die Uebereinkunft mit A. war gegeben worden, für keine Bürgschaft judicatum solvi angesehen hatte, so musste Marius Paulus die höchsten Zinsen bezahlen, weil er, von dem die Schuld als unbedingt richtig angesehen worden war, einen Process darüber hatte entstehen lassen.

§. 3.

Zu Num. 3.

Den, obschon häufig von der Praxis in Anwendung zu bringenden, Satz unter Num. 3., spricht das Römische Recht nirgends aus. Er liegt aber einer, in l. 26. §. 8. enthaltenen, Beurtheilung eines concreten Falls zu Grunde: „Faber mandatu amici sui emit servum decem et fabricam docuit deinde vendidit eum viginti, quos mandati judicio coactus est solvere — — sed si jussu mandatoris eum docuerit, contra fore; tunc enim et mercedem et cibaria consecuturum: nisi, ut gratis doceret, rogatus sit."

Ein Handwerker (der als solcher auch das Halten von Lehrlingen zu seinem Gewerbe macht) hat im Auftrage eines Bekannten nicht nur einen Sclaven gekauft, um ihn das Handwerk zu lehren, sondern ihn auch nach dessen Erlernung anderweit, und zwar um den doppelten Einkaufspreis verkauft. Der Handwerker muss dem Auftragsgeber diesen Preis erstatten. Er zieht aber nicht nur den Betrag des Unterhaltes, den er während der Lehrzeit dem Sclaven verabreicht, sondern auch das übliche Lehrgeld jenem ab; es wäre denn, dass der Auftragsgeber sein Mandat nur auf den Einkauf und Verkauf des Sclaven gerichtet, oder der Handwerker ausdrücklich versprochen hätte, denselben unentgeldlich zu lehren.

Cap. 3.

Der Mandatar ist verbunden:

1) das übernommene Geschäft gemäss dem erhaltenen Auftrage und

2) so, wie es das Interesse des Mandanten mit sich bringt, auszuführen, insoweit diess bei angemessener Sorgfalt möglich ist;

3) wenn geflissentlich oder nachlässigerweise durch verabsäumte Erfüllung dieser Verbindlichkeiten dem Mandanten ein Verlust erwachsen oder ein Gewinn entzogen worden, denselben dafür zu entschädigen;

4) ebendemselben, was er von ihm zur Ausführung des Mandates erhalten, zurückzugeben;

5) jeden Besitz und Erwerb, der dem Mandatar nicht geworden wäre, wenn er sich nicht dem übertragenen Geschäfte unterzogen hätte, dem Mandanten zu überlassen und daher

a. körperliche Dinge zu übergeben,

b. Forderungen abzutreten.

6) Der Mandatar wird, wie jeder säumige Zahler, Verzugszinsen zu zahlen schuldig, von dem Augenblicke eingetretener Säumniss an.

In eigenen Nutzen verwendete Gelder hat er dem Mandanten nach dem höchsten in der Gegend üblichen Zinsfusse zu verzinsen. Jedoch, wenn der Mandatar auf eigne Gefahr des Mandanten Gelder ausgeliehen hat, ist er Letzterem die gewonnenen Zinsen zu gewähren nicht schuldig.

7) Der Mandatar ist gehalten, jedoch nur ausnahmsweise, den mit Ausführung des Mandates

verbundenen Verlust zu tragen, insofern er sich dazu verbindlich gemacht hat.

8) In jedem Falle, welcher den Mandatar berechtigt, das Mandat aufzukündigen, ist derselbe, wenn er von dieser Berechtigung Gebrauch macht, verbunden, die Kündigung zur Kenntniss des Mandanten gelangen zu lassen. Unterbleibt diess durch seine Schuld, so haftet er dem Mandanten für den daraus erwachsenden Schaden.

9) Alle diese Verbindlichkeiten des Mandatars treten ein von dem Zeitpunkte an, wo das Mandat an ihn gelangt ist, und er entweder dasselbe ausdrücklich übernommen oder mit der Erklärung, dass er es nicht übernehme, länger gesäumt hat, als mit dem Interesse des Mandanten vereinbar ist.

10) Wenn zwei oder mehreren Personen dasselbe Geschäft aufgetragen worden, sind dieselben solidarisch verpflichtet, jedoch so, dass die Zahlung des Einen den Andern befreit.

Erläuterungen.

§. 1.

Zu Num. 1. und 2.

Das Mandat wäre kein Contract, wenn es nicht die Verbindlichkeit mit sich brächte, das übernommene Geschäft auszuführen. Man vergleiche z. B. l. 8. §. 2. „Sed et de lite, quam suscepit exsequendam, mandati eum teneri constat." Die Art und Weise der Ausführung anlangend, lässt sich im Allgemeinen weiter nichts bestimmen, als dass dieselbe dem erhaltenen Auftrage gemäss erfolgen müsse, welcher genereller und specieller Beschaffenheit sein, dem eignen Ermessen des Mandatar mehr oder weniger überlassen kann. Man vergleiche l. 5. pr. und §. 1. „Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt: nam qui excessit, aliud quid facere videtur. §. 1. Et si susceptum non impleverit, tenetur."

Da aber erstlich die Ausführung auf Rechnung des Mandanten geht, so versteht sich in jedem Falle, wo keine Vorschriften für die nähere Modalität gegeben sind, in welcher das Geschäft bewerkstelligt werden soll, doch von selbst die Vorschrift, dass der Auftragsgeber die Ausführung des Man-

dates so bewirkt wissen wollte, wie sie mit seinem Interesse am übereinstimmendsten ist, und da zweitens jede Verabsäumung einer Verbindlichkeit zu Schadloshaltung für das dadurch verletzte Interesse verbindet, so gilt diess auch von dem Mandatar, wenn er dem erhaltenen Auftrage nachzukommen oder doch dabei des Mandanten Interesse wahrzunehmen unterlassen haben sollte. Demnach enthalten die unter Num. 1. und 2. enthaltenen Bestimmungen nur die richtigen Folgerungen aus dem Begriffe des Mandats, keineswegs den Ausdruck eines rein positiv rechtlichen Willens.

Beispiele für die Sätze sub num. 1. und 2. finden sich in l. 3. pr. §§. 1. und 2. l. 4. l. 5. §§. 2—5.

„l. 3. pr. Praeterea in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior, deterior vero nunquam. §. 1. Et quidem si mandavi tibi, ut aliquam rem mihi emeres, nec de pretio quidquam statui, tuque emisti utrinque actio nascitur."

„§. 2. Quod si pretium statui, tuque pluris emisti, quidam negaverunt, te mandati habere actionem, etiam si paratus esses, id, quod excedit, remittere: namque iniquum est, non esse mihi cum illo actionem, si nolit; illi vero, si velit mecum esse."

„l. 4. Sed Proculus recte eum, usque ad pretium statutum acturum existimat: quae sententia sane benignior est."

„l. 5. §. 2. Itaque si mandavero tibi, ut domum Sejanam centum emeres, tuque Titianam emeris longe majoris pretii, centum tamen, aut etiam minoris, non videris implesse mandatum."

„§. 3. Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris et petam fundum: non obstabit mihi exceptio, nisi et reliquum mihi, quod deest mandatu meo praestes et indemnem me per omnia conserves."

„§. 4. Servo quoque si dominus praeceperit, certa summa rem vendere, ille minoris vendiderit, similiter vindicare dominus eam potest: nec ulla exceptione summoveri, nisi indemnitas ei praestetur. §. 5. Melior autem causa mandantis fieri potest, si cum tibi mandassem, ut Stichum decem emeres, tu eum minoris emeris, vel tantidem, ut aliud quicquam servo accederet: utroque enim casu, aut non ultra pretium, aut intra pretium fecisti."

l. 3. beginnt in dem pr. mit dem Satze: der Mandatar könne durch die Ausführung des Mandates entweder nec melioris oder melioris, nie aber deterioris conditionis werden; d. h. der Mandatar hat das Mandat ausgeführt, wenn er mit gleich grossen oder mit geringeren Aufopferungen, als diejenigen, wozu er vom Mandanten ermächtigt worden war, den vorgeschriebenen Zweck erreicht hat. Das Mandat ist

aber nicht ausgeführt, wenn die Ausführung in einem ungünstigern Verhältnisse zu dem Interesse des Mandanten steht, als dasjenige ist, welches mit dem Mandate vorgeschrieben war. Das einfachste Beispiel hiezu enthält l. 5. §. 5. Wenn der Mandatar noch wohlfeiler einkauft, als um die limitirte Summe, oder um diese ein Mehreres erkauft, als er angewiesen war, so hat er das Mandat ausgeführt. Denn, indem der Mandant ein Plus von Ausgabe bewilligte, ein Minus an Gewinn beabsichtigte, ist gewiss auch das Minus der Ausgabe, das Plus des Gewinns seinen Absichten nicht entgegenlaufend. Dass in einem solchen Falle der Vortheil nicht in des Mandatars Tasche fallen dürfe, liegt darin, dass, wenn Jemand für einen Andern ein Geschäft unentgeldlich oder für ein bedungenes Honorar auszuführen übernimmt, durch den Vertrag selbst auf seiner Seite ein jeder, oder doch jeder das Honorar übersteigende, Gewinn ausgeschlossen ward.

§. 2. l. 3. l. 4. enthalten folgende Erörterung:

Gesetzt, der Mandatar konnte das Mandat nicht ausführen, weil die Sache, mit deren Ankauf um eine limitirte Summe er beauftragt worden war, von dem Verkäufer in einem höheren Preise gehalten ward. Hier soll es in des Mandatars Willkühr gestellt werden, ob das Mandat ausgeführt sei oder nicht, je nachdem derselbe den, das limitum des Kaufpreises übersteigenden Betrag als Verlust will über sich ergehen lassen oder nicht. Man vgl. §. 8. l. h. t.

„Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati. Ut ecce, si usque ad centum aureos mandaverit tibi ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere alioqui non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem, ut Sabino et Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. (Sed) diversae scholae auctores recte usque ad centum aureos te acturum existimant, quae sententia sane benignior est. Quod si minoris emeris, habebis sc. cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut si centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris (si possit) emeretur.“

l. 5. §§. 3. und 4. gehören eigentlich nicht in die Lehre vom Mandat, sondern vom Verkauf. Wer etwas durch einen Mandatar um eine bestimmte Summe hat wollen verkaufen lassen, stellt die Eigenthumsklage gegen den Käufer erfolglos an, sobald der Mandatar zu dem vorgeschriebenen Preise verkauft hat. Denn der Käufer stellt ihm „except. rei venditae et traditae“ entgegen. Hat aber der Mandatar um einen geringern Preis verkauft, alsdann hat der Mandant unter einer solchen Modalität die Sache gar nicht verkauft und übergeben wissen wollen, und jene Ausflucht kann ihm nicht entgegen-

gesetzt werden. Dasselbe gilt bei dem durch einen Sclaven vollzogenen Verkauf.

Es zeigt sich aber, dass die Worte „deterior vero nunquam“ nicht in unbedingter Allgemeinheit verstanden werden dürfen. Der Mandatar darf nur nicht vorsätzlich oder verschuldeterweise den Mandanten deterioris conditionis machen. Denn der Mandatar ist nicht unbedingt gehalten, das übernommene Geschäft auszuführen, sondern, weil in der Regel nicht anzunehmen, dass Jemand sich zu mehr habe verbindlich machen wollen, als seinen Kräften und seiner Beurtheilung erreichbar war, nur insoweit, als er bei deren Anwendung das Mandat gemäss dem Auftrage und dem Interesse des Mandanten auszuführen vermocht hätte. Demnach (man s. auch Cp. 4. §. 2.) hat der Mandatar das Seinige gethan, auch wenn der Mandatar deterioris conditionis gemacht hat, sobald ihn nur demohngeachtet nicht der Vorwurf trifft, ohne die nöthige Sorgfalt zu Werke gegangen zu sein.

Beispiele hierzu enthält l. 8. §. 7.

„Si ignorantes fidejussores debitorem solvisse, vel etiam acceptilatione sive pacto liberatum, ex substantia debitoris solverunt non tenebuntur mandati.“

Wie wir weiter unten sehen werden, ist kein Mandatar und also auch nicht der Bürge unbedingt gehalten, in Vorschuss für den Mandanten zu treten. Nun setze man den Fall: A, der Geschäftsführer des B hat als solcher dem B gehörige Gelder eincassirt. (Man vergl. auch *Anton. Schulting. notae ad Pandect. ed. Schmallenburg. ad hunc l. Tom. III. pag.* 332.) Wenn A sich zugleich für B, dem C verbürgt hat, so kann er die Gelder des B verwenden, um zu berichtigen, was er als Bürge zu zahlen hat, und es wird kein Absehen darauf gerichtet, ob der Hauptschuldner bereits gezahlt hat oder sonst liberirt worden, sobald dem Bürgen, weil derselbe hiervon noch keine Kenntniss hatte, nicht beigemessen werden kann, das Interesse des Mandanten vorsätzlich oder nachlässigerweise unbeachtet gelassen zu haben.

§. 10. l. cit. enthält bis zu und mit den Worten „nec culpa non teneberis“ ebenfalls die Anwendung des Satzes, dass der Mandatar allen Obliegenheiten entsprochen habe, sobald sich ihm nicht vorwerfen lässt, die angemessene Sorgfalt verabsäumt, d. i. arglistigen oder doch nachlässigen Verfahrens sich schuldig gemacht zu haben. „Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. Sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus, passus es alium emere) teneberis. Sed et si servus, quem emisti, fugit, si quidem dolo tuo, teneberis.“

Einer Erläuterung bedürfen die nächstfolgenden Worte „si dolus non intervenit nec culpa non teneberis, nisi ad hoc,

ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restituturum. Sed et si restituas, et tradere debes. Et si cautum est de evictione, vel potes desiderare, ut tibi caveatur: puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes, quam consecuturus sis."

Wenn Demjenigen, der einen Sclaven zu erkaufen beauftragt worden war, ohne sein Verschulden der Sclave entlaufen ist, so war der Mandatar solchen Umständen nach, zu nichts gehalten (non teneberis). Niemandem kann es zweifelhaft sein, dass, wenn die Umstände sich änderten, indem der entlaufene Sclave wieder in des Mandatars Gewalt kam, die Verbindlichkeit zur Ausantwortung an den Mandanten in der Zwischenzeit nicht war aufgehoben worden. Allein die Eigenthümlichkeit des Römischen Prozesses erforderte ein besonderes Verfahren zur Geltendmachung dieser Verbindlichkeit. Gesetzt nämlich der auf Ausantwortung des Sclaven belangte Mandatar war absolvirt worden, weil es sich auswies, dass sich der Flüchtling ohne des Beauftragten Verschulden davon gemacht hatte. Gegen den einmal absolvirten Beklagten konnte man „propter auctoritatem rei judicatae (von der wir unter andern auch in l. 29. §. 5. (s. Cp. 4. §. 2.) ein merkwürdiges Beispiel finden) nicht zum zweiten Male dasselbe Object aus demselben Klagegrunde fordern. Darum konnte man in einem solchen Falle von dem Beklagten die Zusage verlangen, dass er, dafern der Sclave wieder in seine Gewalt gerathen sollte, die Verbindlichkeit anerkannt haben wolle, denselben auszuantworten. Alsdann wurde nicht aus dem Mandate, sondern aus jenem anderweiten Versprechen geklagt.

Die Worte „sed et si restituas tradere debes" sind nicht frei von Schwierigkeiten. Angenommen, restituas könnte soviel heissen als: „sed etsi restituere possis" (eine Erklärung, zu welcher schon die Glosse ihre Zuflucht nahm), so käme doch ein höchst trivialer Gedanke heraus, man mag nun vor tradere et lesen oder nicht. Die Stelle wäre dann zu übersetzen:

„Du musst Caution leisten, dass Du den Sclaven ausantworten werdest, sobald er in Deine Gewalt gerathen sollte: Du musst ihn aber auch tradiren, wenn Du ihn herausgeben kannst." Tradere aber und restituere läuft auf ein und dasselbe hinaus. Der geistreiche Gedanke bestände also darinnen, dass Ulpian sagte: Du musst Dich verbindlich machen, den Sclaven auszuantworten, und alsdann musst Du ihn auch ausantworten, wenn Du ihn ausantworten kannst.

Hier scheint eine Abänderung des Textes unerlässlich zu sein und zwar in der Maasse (Man vergl. *Trotz in praef. ad opusc. Waechtleri pag.* 58.), dass man statt et tradere debes liest cavere debes. Alsdann hat die Stelle einen bedeutenden, den Eigenthümlichkeiten des Römischen Rechtswesens angemessenen Sinn.

Wenn der Mandatar den Sclaven ausantwortet, so ist damit die causa mandati erschöpfend abgethan. Späterhin aber können sich noch Umstände hervorthun, die das Interesse des Mandanten gefährden. Gesetzt, der Mandatar hat einen Sclaven gekauft, und dem Mandanten ausgeantwortet; der Sclave aber wird dem Mandanten evincirt, weil der Sclave nicht dem Verkäufer, sondern einem Dritten gehörte. Für einen solchen Fall will sich der Mandant sichern und er kann diess auf eine oder die andre Weise. Wenn nämlich der Mandatar sich hat von dem Verkäufer Caution wegen der etwanigen Eviction leisten lassen, so ist er auch seinerseits dem Mandanten gleiche Caution zu leisten schuldig. Wenn sich aber der Mandatar noch keine Caution „de praestanda evictione" hat leisten lassen, so hat er das Recht, deren Leistung noch zu fordern und ist schuldig, die Forderung dem Mandanten abzutreten.

Hiermit ist zu verbinden l. 9.

„De tuo etiam facto cavere debes."

Der Mandatar ist durch den Erkauf des Sclaven Eigenthümer geworden und als solcher in den Stand gesetzt, als Eigenthümer mit rechtlichem Erfolge über den Sclaven zu verfügen. Allein er ist verbunden, das erlangte Eigenthumsrecht auf den Mandanten zu übertragen und demselben gerecht zu werden, wenn er über den Sclaven durch Verpfändung oder anderweiten Verkauf disponirt haben sollte. Diese Verbindlichkeit eintretenden Falls gegen den Mandatar geltend machen zu dürfen, liegt in der Natur des Geschäfts, und es braucht dazu heutiges Tages keine besondere Vorkehrung. Allein bei den Römern war es anders. Wenn mit der Ausantwortung des Sclaven Alles geleistet war, was unter den vorliegenden Umständen actione mandati verlangt werden konnte, so konnte man auf diese Klage nicht zurückkommen wegen neu hinzutretender Umstände. Für einen solchen Fall bedurfte es einer civilrechtlichen Form, zufolge der die naturrechtliche Verbindlichkeit aus einem besondern Klagegrunde geltend gemacht werden konnte. Also auch de suo facto musste der Mandatar Caution leisten.

„l. 10. pr. Idemque et in fundo, si fundum emit procurator: nihil enim amplius, quam bonam fidem praestare eum oportet, qui procurat" steht hiermit im engsten Zusammenhange und bedarf keiner Erläuterung.

§. 2.

Fortsetzung.

Der Mandatar muss thun, was ihm aufgetragen worden. Dass dieser Satz nicht chicanirt werden darf, dass bei Beantwortung der Frage nach der Conformität zwischen dem Auftrage und der Ausführung desselben man zwischen Wesent-

lichem und Unwesentlichem zu unterscheiden habe, muss der Richter auch ohne Gesetz sich von selbst sagen.

Hieher gehörender Fälle enthält der Titel folgende:

„l. 45. §. 4. Sed si mandavero tibi, ut creditori meo solvas, tuque expromiseris et ex ea causa damnatus sis, humanius est et in hoc casu mandati actionem tibi competere.“

Ein Schuldner A hat zu Zahlung an seinen Gläubiger B den C beauftragt. Dieser zahlt zwar nicht, kommt aber mit dem B überein, dass dieser den A der Verbindlichkeit entlässt und statt dessen ihn, den C, zum Schuldner annimmt. Offenbar ist hier das Mandat erfüllt. Der Zweck ist ganz im Interesse des A erreicht und nur in der Form der Ausführung hat eine unwesentliche Abänderung statt gefunden.

„l. 46. Si quis pro eo spoponderit, qui ita promisit: Si Stichum non dederis, centum milia dabis? et Stichum redemerit vilius et solverit, ne centum millium stipulatio committatur: constat, posse eum mandati agere. Igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat: at quotiens incertum vel plurium causarum, tunc, licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati, quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit, mandati erit actio.“

A hatte sich verbindlich gemacht, dem B einen gewissen Sclaven zu geben. Allein da der Sclave nicht im Eigenthume des A war und also, um gegeben werden zu können, vorher gekauft sein musste, so hatte A versprochen, wenn er den Sclaven nicht schaffen sollte, centum milia zu geben. Für dieses, so ausgedrückte Versprechen leistet, hierzu beauftragt, C die Gewähr und ermöglicht es, um die vollen centum milia zu ersparen, den Sclaven für eine geringere Summe zu erkaufen. Er hat das Mandat erfüllt („constat posse eum mandati agere.“) Paulus rechtfertiget diess mit der allgemeinen Betrachtung, das Mandat sei allemal erfüllt, wenn dessen Zweck im Interesse des Mandatars erfüllt sei, sollte sich auch zufolge der Verbindung mehrfacher Leistungen streiten lassen, ob das Mandat genau so erfüllt worden, wie es gelautet. Einen solchen Streit könnte man in dem vorliegenden Falle erheben. Denn es liess sich fragen, ob C nach der Wortfassung für Leistung entweder des Sclaven oder des Geldes Gewähr geleistet, oder ob er nur gewährt habe, dass er die centum millia vertrete, wenn A den Sclaven nicht schaffen würde.

„l. 47. §. 1. Si is, qui pro te hominem dare fidejussit, alienum hominem stipulatori dederit, nec ipse liberatur, nec te liberat: et ideo mandati actionem tecum non habet. Sed si stipulator eum hominem usuceperit, dicendum esse Julianus ait, liberationem contingere; eo ergo casu mandati actio post usucapionem demum tecum erit.“

Jemand leistet Bürgschaft für Jemanden, der einem An-

dern irgend einen Sclaven zu geben schuldig ist. Ersterer giebt diesem Dritten einen Sclaven, allein einen fremden und also eigentlich keinen, da der servus alienus, als solcher, nicht in des Empfängers Eigenthum übergehen kann. Allein die Verjährung läuft ab, und der Empfänger wird Eigenthümer. Der Verlauf der Zeit bewirkt, dass das nicht vollführte Geschäft sich als vollführt darstellt, und somit hat der Bürge seine Verbindlichkeit erfüllt.

„l. 29. §. 6. Fidejussor, si solus tempore liberatus, tamen solverit creditori, recte mandati habebit actionem adversus reum: quamquam enim jam liberatus solvit, tamen fidem implevit et debitorem liberavit. Si igitur paratus sit defendere reum adversus creditorem, aequissimum est, mandati judicio eum, quod solvit, reciperare. Et ita Juliano videtur."

Es würde offenbare Chicane sein, wenn der Bürge, welcher mit Ablauf einer gewissen Zeit von seiner bürgschaftlichen Verbindlichkeit befreit worden, demohngeachtet aber den Hauptgläubiger befriedigt hat, nach Ablauf dieser Zeit nicht die Erstattung des Gezahlten von dem Hauptschuldner sollte verlangen können, wenn er sich müsste den Einwand entgegenstellen lassen, dass er nicht mehr Mandatar gewesen sei. Da aber seine Zahlung nicht sofort gegen den Gläubiger sicher stellt, so kann er die Erstattung nur unter der Voraussetzung fordern, dass er des Schuldners Vertretung gegen den Hauptgläubiger übernimmt.

In vorliegender Beziehung sind die in l. 22. pr. §. 1. enthaltenen casuistischen Erörterungen bemerkenswerth:

„pr. Si mandavero tibi, ut pro me in diem fidejubeas tuque pure fidejusseris et solveris: utilius respondebitur, interim tibi non esse mandati actionem; sed cum dies venerit. §. 1. Item tractatum est, si cum in diem deberem, mandatu meo in diem fidejusseris et ante diem solveris, an statim habeas mandati actionem? Et quidam putant, praesentem quidem esse mandati actionem, sed tanti minorem, quanti mea intersit, superveniente die solutum fuisse. Sed melius est dici, interim nec hujus summae mandati agi posse, quando nonnullum adhuc commodum meum sit, ut nec hoc ante diem solvam." Dasselbe besagt l. 51. nur mit dem Zusatze, dass es keinen Unterschied macht, ob der Bürge wissentlich oder per errorem vor Eintritt des Termins gezahlt hat.

„Fidejussor, quamvis per errorem ante diem pecuniam solverit, petere tamen ab eo non potest: ac ne mandati quidem actionem, antequam dies solvendi veniat, cum reo habebit.

A ist eine Summe Geldes schuldig und trägt dem B auf, für ihn dermaassen zu fidejubiren, dass der Gläubiger seine, des Bürgen, Verbindlichkeit nicht vor einem bestimmten, erst noch zu erwartenden Zeitpunkte soll geltend machen können.

Wenn der Mandatar die Bürgschaft leistet ohne diese Modification und sofort zahlt, so wird die Abweichung von dem Auftrage dadurch ausgeglichen, dass der Bürge die act. mand. erst nach dem Eintritte jenes Zeitpunktes anstellen kann. Denn wie kommt der Schuldner dazu, früher dem Bürgen zu zahlen, was er ihm zu zahlen bei genauer Beobachtung des Auftrags erst später schuldig geworden wäre? Ferner: wenn mein Mandatar für meine, an einem bestimmten Tage erst noch gefällig werdende Schuld an diesem Tage einzustehen sich als Bürge verbindlich macht und noch vor dem Tage statt meiner zahlt, so ist diess ebenfalls keine unwesentliche Abweichung von dem Mandate und selbige, wie in dem obgedachten Falle, dadurch auszugleichen, dass der Bürge erst nach Eintritt der bestimmten Zeit klagen kann. Die besondere Meinung mancher Juristen, dass der Bürge schon früher klagen dürfe, jedoch sich das „id quod interest" müsse kürzen lassen, welches sich auf Seite des Schuldners hinsichtlich der anticipirten Zahlung ergiebt, ist ungenügend. Denn wie hoch diess „id quod interest" sich belaufe, kann vollständig nur der Erfolg darlegen.

In gegenwärtigem Zusammenhange sind auch l. 10. §. 11. und l. 56. §. 1. zu erwähnen.

„l. 10. §. 11. Fidejussores et mandatores, etsi sine judicio solverint, habent actionem mandati."

„l. 56. §. 1. Fidejussor, qui pecuniam in jure obtulit, et propter aetatem ejus, qui petebat, obsignavit ac publice deposuit, confestim agere mandati potest."

§. 3.

Zu den Worten: „insoweit diess bei angemessener Sorgfalt möglich ist" und zu Num. 3.

Es wäre gegen den Zweck, welchen die vorliegende Schrift zu erreichen sucht, wenn hier die Lasten juristischen Hin- und Herredens und einander vielfach bestreitender oder modificirender Meinungen erörtert werden sollten, wodurch man der richterlichen Beurtheilung eine Norm hat geben wollen, gemäss welcher in concreten Fällen entschieden werden möchte, ob der Mandatar, was er zu leisten übernommen, mit der schuldigen Aufmerksamkeit und Beflissenheit in das Werk gesetzt habe oder nicht. Bis jetzt hat der Verfasser sich noch nicht von der Ansicht trennen können, welche dessen Schrift über die culpa nach Römischem Rechte (*Leipzig* 1823.) zu entwikeln gesucht hat, von der nämlich, dass die Römer kein andres Princip hatten, als dieses: der Mandatar muss bonam fidem bewähren; diese bewährt er, indem er ebensowohl ein culposes, als ein doloses Benehmen vermeidet und sich des Gegensatzes beider, der diligentia, befleissigt; die Anwendung dieses Principes aber bleibt der Einsicht des urtheilenden Richters überlassen.

Am allerwenigsten können unfeine Cathederausfälle, deren gedruckte Wiederholung noch unfeiner und in zwiefacher Beziehung rücksichtslos ist, ein widerlegendes Argument abgeben.

In l. 8. §. 10. steht, — angewendet auf einen singulären Fall — der Mandatar muss dolum et culpam vermeiden und in l. 10. pr. *), welche mit den Worten: „idemque et in fundo" deutlichst ausspricht, dass dasselbe, was nach l. 8. bei dem aufgetragenen Kaufe eines Sclaven zu leisten, nicht aber mehr oder weniger zu leisten sei, wenn ein Mandatar zu Erkaufung eines Grundstücks bestellt worden, wird der Inbegriff des zu Leistenden mit bona fides bezeichnet. Nirgends in dem Titel mandati steht geschrieben, dass die diligentia etwas mehr sei, als der Gegensatz von dolus und culpa. l. 5. pr. sagt zwar: „diligenter fines mandati custodiendi sunt," erstlich aber nicht in dem Zusammenhange, dass durch die Diligenz vermieden werden solle, weniger zu thun, als aufgetragen worden, sondern in dem, dass der Mandatar sich hüten solle, mehr zu thun, und sodann, wenn der Mandatar bonam fidem zu leisten hat, und diese aequal der Vermeidung von dolus und culpa ist, so kann ihm auch mit der diligentia nicht mehr aufgelegt sein, als in dem Begriffe der bona fides liegt, denn sonst bestimmte diese nicht das Maass seiner vollständigen Verbindlichkeit. M. vrgl. l. 68. pr. de contr. emt. vend.:

„Si cum fundum venderes in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse: existimo, te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est, non solum, ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa." — bezeichnet allerdings diligentiam als etwas die bonam fidem Uebersteigendes, allein sie thut das mit einem Zusatze, nach welchem die bona fides in der angezogenen Stelle nur der Gegensatz von dolus ist, und also die diligentia sich erfüllt, wenn nicht nur der dolus, sondern auch die culpa vermieden wird.

Selbst was der Fleissigste thun kann, ist nach l. 11. 12. und 13. C. nur der Gegensatz von culpa.

„l. 11. Procuratorem non tantum pro his, quae gessit, sed etiam pro his, quae gerenda suscepit, et tam propter exactam ex mandato pecuniam, quam non exactam, tam dolum, quam culpam, sumptuum ratione bona fide habita, praestare necesse est."

„l. 12. Cum mandati negotii contractum certam accepisse legem adseveres: eam integram secundum bonam fidem custodiri convenit. Unde si contra mandati tenorem procurator tuus

*) Idemque et in fundo, si fundum emit procurator: nihil enim amplius, quam bonam fidem praestare oportet, qui procurat.

ad te pertinentem fundum vendidit nec venditionem postea ratam habuisti: dominium tibi auferre non potuit."

„l. 13. A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, juris autoritate manifeste declaratur."

Dass die Römer in dieser Beziehung sich nicht dem vergeblichen Bemühen hingaben, das richterliche Ermessen durch objective Normen leiten zu wollen, dies belegen zahlreiche Stellen, in welchen die Frage aufgeworfen wird, ob der Mandatar seinen Obliegenheiten Gnüge gethan, ob ihm es zur Last falle, das Geschäft nicht, oder doch nicht ganz im Interesse des Mandanten ausgeführt zu haben, und wo die Juristen immer nur den concreten Fall in das Auge fassen und blos nach Maassgabe dessen, was dieser erkennen lässt, sich für das Ja oder Nein in Gemäsheit eines rein subjectiven Ermessen entscheiden.

„l. 8. §. 8. Quod et ad actionem fidejussoris pertinet. Et hoc ex rescripto Divorum Fratrum intelligere licet. Hujus verba haec sunt Catullo Juliano: Si hi, qui pro te fidejusserant, in majorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, scientes et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris, mandati agentibus his, aequitate judicis tueri te. Igitur si ignoraverunt, excusata ignorantia est: si scierunt, incumbebat eis necessitas provocandi; caeterum dolo versati sunt, si non provocaverunt. Quid tamen, si paupertas eis non permisit? Excusata est eorum inopia. Sed et si testato convenerunt debitorem, ut, si ipse putaret, appellaret, puto rationem eis constare."

„l. 29. §. 3. Hoc idem tractari et in fidejussore potest: si cum solvisset, non certioravit reum, sic deinde reus solvit, quod solvere eum non oportebat. Et credo, si, cum posset (eum) certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fidejussorem repelli: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori; cedere autem reus indebiti actione fidejussori debet, ne duplum creditor consequatur."

Wenn der Bürge gezahlt und die nöthige Vorsicht verabsäumt hat, den Schuldner der Gefahr zu überheben, aus Unkunde der von dem Bürgen schon bewirkten Zahlung seinerseits nochmals zu zahlen, so klagt der Schuldner, der seinerseits nachher gezahlt hat, actione mandati gegen den Bürgen, hat demselben jedoch die actionem indebiti abzutreten gegen den Gläubiger, der zweimal die Berichtigung einer und derselben Schuld angenommen hat.

„ibid. §. 4. Quaedam tamen etsi sciens omittat fidejussor, caret fraude: utputa, si exceptionem procuratoriam omisit: sive sciens, sive ignarus: de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit, nec ne." Dem Mandatar wird nicht zugemu-

thet auf spitzfindigeren Distinctionen beruhende Legitimationsfragen in Betreff desjenigen Procurators zu prüfen, an den er zahlt, was er wirklich zu zahlen schuldig ist. — Man vergleiche l. 57 und 62 *de procuratoribus (III. 3.)*

In Verbindung mit diesen Stellen wird man späterhin auf §. 4. cit. zurückkommen.

„l. 42. Si mandavero tibi, ut excuteres vires hereditatis, et tu, quasi minor sit, eam a me emeris, mandati mihi teneberis. Tantundem et si tibi mandavi, ut vires excuteres ejus, cui eram crediturus, et renunciaveris, eum idoneum esse.

„l. 48. pr. 9. Mucius Scaevola ait: Si quis sub usuris creditam pecuniam fidejussisset et reus in judicio conventus cum recusare vellet, sub usuris creditam esse pecuniam, (et) fidejussor solvendo usuras potestatem recusandi eas reo sustulisset, eam pecuniam a reo non petiturum: sed si reus fidejussori denunciasset, ut recusaret, sub usuris debitam esse, nec is propter suam existimationem recusare voluisset, quod ita solverit, a reo petiturum. Hoc bene censuit Scaevola: parum enim fideliter facit fidejussor in superiore casu, quod potestatem reo eximere videtur, suo jure uti; caeterum in posteriore casu non oportet esse noxiae fidejussori, si ipse pepercisset pudori suo.“ Der Bürge hat sich für eine Schuld als für eine zinsbare verbürgt. Der Schuldner wird auf Capital und Zinsen verklagt und processirt gegen die Verbindlichkeit Zinsen zu zahlen. Unterdess zahlt der Fidejussor die Zinsen und entzieht dem Schuldner die Möglichkeit, gegen den Gläubiger es auszuführen, dass er diesem wirklich keine Zinsen schuldig sei. Während in einem solchen Falle der Bürge parum fideliter verfährt und darum an den Hauptschuldner nicht regrediren kann, kann er diess andrerseits, wenn der Gläubiger ihn selbst in Anspruch nahm und er Capital und Zinsen bezahlte, obschon von dem Hauptschuldner gewarnt, dass er die letzteren nicht zahlen solle, weil sie der Gläubiger zu fordern nicht berechtigt sei. Der Bürge fordert dann die Zinszahlung dennoch von dem Hauptschuldner erstattet, sobald er den Umständen nach es seinem Credite nachtheilig finden musste, nicht an Zinsen zu zahlen, was er als eine zinsbare Schuld zu berichtigen einmal sein Wort gegeben.

Ebenso ist es dem Bürgen unschädlich, eine Ausflucht nicht geltend gemacht zu haben, deren Geltendmachung ihm von der Art scheinen könnte, dass sie den Schuldner in der öffentlichen Meinung heruntersetzen dürfte und dieser darum wünschen möchte, sie nicht geltend gemacht zu sehen.

„l. 10. §. 12. Generaliter Julianus ait, si fidejussor ex sua persona omiserit exceptionem, qua reus uti non potuit, si quidem minus honestam, habere eum mandati actionem: quod si eam, qua reus uti potuit, si sciens id fecit, non habiturum mandati actionem, si modo habuit facultatem conveniendi

desiderandique, ut ipse susciperet potius judicium vel suo, vel procuratorio nomine.“

Keiner weitern Erläuterung bedarf

„l. 59. §. 6. Paulus respondit, non videri mandati conditioni paritum, cum in mandato adjectum sit, ut idonea cautio a debitore exigeretur, si neque fidejussor, neque pignora accepta sint.“

„l. 60. §. 4. Lucius Titius fratris filio commisit rerum suarum administrationem ita: *Σεΐῳ τέκνῳ χαίρειν. Ἐγὼ μὲν κατὰ φύσιν εἶναι νομίζω, τὸ ὑπὲρ πατρὸς, καὶ τῶν τοῦ πατρὸς υἱῶν πραγματεύεσθαι, δίχα τοῦ τινὰ ἐπιτροπικὸν αἰτεῖν· εἰ δὲ δεῖ καὶ τοιούτου τινὸς, ἐπιτρέπω σοι περὶ πάντων ἐμῶν, ὡς θέλεις, πραγματεύεσθαι, εἴτε πωλεῖν θέλεις, εἴτε ὑποτίθεσθαι, εἴτε ἀγοράζειν, εἴτε ὁτιοῦν πράττειν, ὡς κυρίῳ ὄντι τῶν ἐμῶν· ἐμοῦ πάντα κύρια εἶναι τὰ ὑπο σοῦ γινόμενα ἡγουμένου, καὶ μηδὲν ἀντιλέγοντός σοι πρὸς μηδεμίαν πρᾶξιν.* *) Quaesitum est: si quid non administrandi animo, sed fraudulenter alienasset, vel mandasset, an valeret? Respondi, eum, de quo quaereretur, plene quidem, sed quatenus res ex fide agenda esset, mandasse. Item quaero, an cum Sejus magistratu functus, debitor exstitisset, Lucius Titius eo nomine conveniri possit, vel res ejus obligatae essent propter verba epistolae suprascripta? Respondi neque conveniri posse, neque res obligatas esse.“

Wenn ich Jemanden zu meinen Generalbevollmächtigten ernenne und ihm dabei sage: Alles sei mir recht, was er thun werde, er solle sich als mein alter ego ansehen, so haftet er mir für nichts, als positives, geflissentlich schädliches Verfahren. Denn indem ich Alles seinem Ermessen und seiner Bequemlichkeit überliess, habe ich ihn doch nicht zu Schlechtigkeiten autorisiren und am allerwenigsten schuldig werden wollen, aus meinen Mitteln Vertretungskosten zu decken, die den Mandatar zufolge gewissenloser Amtsführung treffen können.

§. 4.

Zu Num. 4. und 5. litt. a. und b.

Der Satz unter Num. 4. bedarf keiner Erläuterung. l. 8. pr. (s. Cp. 1. §. 7. S. 18.) giebt dafür ein Beispiel, und dass es böser Wille, der Mandatar demnach als dolosus anzusehen sei, wenn er herauszugeben sich weigert, was er in Gemäs-

*) Id est: Sejo filio suo S. Ego quidem secundum naturam esse existimo pro patre et patris filiis negotiari sine aliqua concessionis inquisitione. Si autem necessitas alicujus talis erit, concedo tibi de omnibus meis ut vis negotiari, sive vendere vis, sive pacisci, sive emere, sive quodcunque operari, ut domino omnium meorum; me omnia firma esse a te facta existimante et non contrarium dicente tibi ad ullam operationem.

heit des Satzes unter Num. 4. oder auch dessen unter Num. 5. a. herauszugeben im Stande ist, leuchtet von selbst ein.

„l. 8. §. 9. Dolo autem facere videtur, qui id, quod potest restituere, non restituit.“

Ebenso l. 44. „Dolus est, si quis nolit persequi, quod persequi potest: aut si quis nolit solvere, quod exegerit.“

Da das Mandat unentgeldlich auszuführen ist und, insofern eine besondere Vergütung bedungen worden, jedenfalls der Mandatar nicht mehr als diese fordern darf, und da das Mandat auf Rechnung und Gefahr des Mandanten geht, so verstehet sich, dass der Mandant die Ausführung des übernommenen Geschäftes nicht zu einem Mittel eigenen Erwerbes machen dürfe.

M. vergl. l. 20. pr. (s. Cp. 1. §. 7.)

Die richtige Anwendung des Satzes unter Num. 4. bringt es mit sich, dass der Mandatar dem Mandanten jeden Gewinn zu gewähren hat, den die Ausführung des Mandates herbeigeführt hat, wenn dieser Gewinn auch bei Ertheilung des Mandates nicht besonders sollte beabsichtigt worden sein.

„l. 10. §. 2. Si ex fundo, quem mihi emit, procurator fructus consecutus est, hos quoque officio judicis praestare eum oportet. §. 3. s. §. 5. S. 55.“

Jeder Gewinn muss, um wirklich Gewinn zu sein, Nettogewinn sein. Demnach ergiebt sich von selbst, dass der Mandatar dem Mandanten in Aufrechnung bringt, was die Erzeugung des Gewonnenen gekostet hat.

l. 10. §. 9. s. Cp. 2. §. 1.

Das sogenannte „mandatum in rem suam,“ ein Mandat, zufolge dessen dem Mandatar verbleiben soll, was er als Mandatar empfangen wird, macht von des Mandatars Verbindlichkeit, dem Mandanten zu gewähren, was er in Folge des Mandats erhalten, nur eine scheinbare Ausnahme.

Wenn ich meinen Gläubiger zu Tilgung der Verbindlichkeit beauftrage, was ich ihm schuldig bin, sich von meinem Schuldner zahlen zu lassen, und mein Gläubiger erhält auf diese Weise die Befriedigung, so werde ich liberirt und erhalte in Gestalt der Liberation eben soviel, als der Gläubiger erhoben.

Ebenso, wenn der Bürge mir, dem Gläubiger aufträgt, auf seine Rechnung statt seiner den Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen. Wenn ich von dem Hauptschuldner die Summe beitreibe, erhält der Bürge durch die Liberation ebensoviel, als er erhalten würde, wenn er erst an mich gezahlt und dann durch den Regress an den Hauptschuldner gleichviel wiedererstattet bekommen hätte.

In allen diesen Fällen geht das Geschäft auf Rechnung und Gefahr des Mandanten.

„l. 45. §. 7. Quod mihi debebas, a debitore stipulatus sum periculo tuo: posse me agere tecum mandati in id, quod minus ab illo servare potero, Nerva, Atilicinus ajunt: quamvis id mandatum ad tuam rem pertineat. Et merito: tunc enim liberatur is, qui debitorem delegat, si nomen ejus creditor secutus (est); non cum periculo debitoris ab eo stipulatur. §. 8. Idem juris est, si mandatu fidejussoris cum reo egissem, quia sequenti mandato liberaretur ex priore causa.“

Eine etwas umständlichere Erörterung erfordert die unter Num. 5. dem Mandatar auferlegte Cession der Klagen.

Wenn Jemand mit einem Andern ein Rechtsgeschäft eingeht, so hat sich natürlicher Weise dieser Andere nicht darum zu bekümmern, welche Interessen oder Motiven jener bei Eingehung des Geschäftes möge gehabt haben, und alle aus dem Geschäfte entspringende Rechte und Verbindlichkeiten können gerichtlich geltend gemacht werden, nur zwischen den Personen, welche gegenseitig contrahirten. Sollen die erworbenen Rechte klagbar werden für eine Person, die an dem Geschäfte nicht als Mitcontrahent Theil genommen, so ist dieser Wechsel in den Personen vor allen Dingen mittelst eines legalen Aktes, der Cession, zu bewirken und es kann der Neueintretende durchaus nur als Repräsentant des Ausgeschiedenen handeln, da durch die Cession nichts in den Verhältnissen des andern Theiles geändert werden darf. Hieraus, in Verbindung mit dem l. 20. pr. ausgesprochenen Grundsatze: „ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet,“ folgt, dass dem Mandanten Rechte gegen dritte Personen nicht unmittelbar durch Ausführung des Mandates erworben werden, sondern nur durch Abtretung derjenigen Klagen, welche dem Mandatar zustehen, aus dem Geschäfte, das er dem Anverlangen eines Andern zufolge eingegangen, jedoch die Klagabtretung eine Verbindlichkeit ist, welche den Mandatar, zufolge des übernommenen Mandates, trifft.

l. 8. §. 1. macht hiervon nicht einmal eine scheinbare Ausnahme:

„Sed et si per collusionem procuratoris absolutus sit adversarius, mandati eum teneri: sed si solvendo non sit, tunc de dolo actionem adversus eum, qui per collusionem absolutus sit, dandam ait.“

Wenn mein Procurator bei Ausführung des Mandats sich arglistig benimmt, und ein Dritter sich zum Mitschuldigen dieses Benehmens macht, so giebt das Römische Recht die Klage auch gegen den Dritten auf Schadloshaltung, allein nicht unbedingt, sondern nur, wenn der Procurator nicht solvent ist, und diese Begründung meines Rechts, gegen einen Dritten klagbar zu werden, liegt nicht im Mandate, sondern in einem ausserhalb desselben liegenden Verhältnisse, in welches sich der Dritte unmittelbar gegen mich gestellt hat.

Folgende Stellen enthalten die Anwendung dieses Satzes, zum Theil in einer sehr verwickelten Casuistik.

„l. 8. §. 5. Si liber homo, cum bona fide serviret, mandaverit Titio, ut redimeretur, et nummos ex eo peculio dederit, quod ipsum sequi, non apud bonae fidei emptorem relinqui debuit; Titiusque pretio soluto liberum illum manumiserit; mox ingenuus pronunciatus est: habere eum mandati actionem, Julianus ait, adversus eum, cui se redimendum mandavit: sed hoc tantum inesse mandati judicio, ut sibi actiones mandet, quas habet adversus eum, a quo comparavit. Plane si eam pecuniam dederit, quae erat ex peculio ad bonae fidei emptorem pertinente, nullae ei (inquit Julianus) mandari actiones possunt: quia nullas habet, cum ei suos nummos emptor dederit. Quinimo (inquit) ex vendito manebit obligatus; sed et haec actio inutilis est, quia quantum fuerit consecutus, tantum empti judicio necesse habebit praestare.“

Ein Freigeborener, der jedoch unbekannt geblieben war mit seinem status, ist als Sclave verkauft worden. Er ist in commercium gebracht worden mit einem peculium. Der Verkauf konnte ihn nicht zum wirklichen Eigenthume des Käufers machen. Selbst der „bonae fidei emptor“ hat nur vermeintliches' Eigenthumsrecht an ihm. Hinsichtlich des peculii ist zu unterscheiden. Wenn mit ihm als peculium verkauft worden, was ihm ursprünglich als freiem Menschen gehörte, so muss ihm diess verbleiben, sobald er sich durch richterlichen Ausspruch die Freiheit zurückgegeben und die Ingenuität anerkannt sieht. Anders verhält es sich mit den Gütern, die ihm als ein von den Herrschaften überlassenes Sclavenpeculium geworden sind. An diesen erwirbt der Käufer wirkliches Eigenthum. Der Freigeborene in dem cit. fragmente trägt, weil er die Herrschaft zu wechseln wünscht, die ihn früher gekauft hatte, dem Titius auf, ihn an sich zu kaufen, giebt ihm Geld dazu und zwar aus dem Vermögen der ersterwähnten Gattung. Titius kauft ihn an sich, lässt ihn dann frei, und bald darauf wird des vermeintlichen Sclaven, den wir Agerius nennen wollen, Ingenuität anerkannt. A. will act. mandati gegen den Titius anstellen, der aus des A. Vermögen an dessen frühern Herrn etwas hingegeben hat, was nicht hingegeben zu werden brauchte, da A., der in Niemandes Eigenthum war, auch nicht in der Lage war, von Jemandem gekauft zu werden. Titius hat ihm das Kaufgeld nicht zu erstatten, denn A. war sein Mandant und also ist auf dessen, nicht auf des Titius Rechnung und Gefahr das Geschäft gemacht worden. Titius hat aber gegen des A. frühern Herrn actionem emti auf Zurückgabe des Kaufpreises, weil dieser ihm anstatt eines Sclaven einen Freien und also so gut wie Nichts gegeben hat. Diese Klage hat T. dem A. abzutreten. Gesetzt aber, A. hat dem Titius das zum Kaufe nöthige Geld gegeben, aus dem pecu-

lio, was dem vorigen Herrn verbleiben muss. Dann giebt es keine von Titius an A. abtretbare Klage. Denn ersterer hat den frühern Herrn mit dessen eigenem Gelde bezahlt und diess kann er nicht zurückfordern. Nur bis hieher interessirt die Stelle in der vorliegenden Beziehung. Jedoch um der Vollständigkeit willen ist deren übriger Inhalt noch zu erklären. Titius soll so wenig eine abtretbare Klage haben, dass vielmehr er dem Verkäufer ex vendito gehalten sei: „quinimo ex vendito manet obligatus.“ Wie ist diess zu verstehen? Bona fide kann ein Kauf auch über eine res aliena — und als solche ist der servus putativus zu betrachten — giltig geschlossen werden. Wenn des Titius Verkäufer „bonae fidei emptor“ gewesen ist, so hat er, ungeachtet des Sclaven Ingenuität, gegen Titius, der mit des Verkäufers eigenem Gelde gezahlt hat, den Kaufpreis nachzufordern. Diese Klage würde aber zu nichts führen. Denn Titius kann den Verkäufer ex empto in Anspruch nehmen, weil er einen Freien, anstatt eines Sclaven verkauft; er kann propter evictionem klagen. Aus diesem Grunde muss er den schon erlegten Kaufpreis zurückerhalten. Demnach steht der actio venditi des Verkäufers die actio empti des Titius mit allen Wirkungen einer vollständig peremptorischen Exception entgegen.

Hieher gehört l. 54. §. 1.

„Si liber homo bona fide serviens, redimi se mandaverit, idque nummis emptoris factum sit, contraria mandati actione agi posse constat: ut tamen actiones praestentur, quas habet emptor adversus venditorem: Finge, non manumisisse liberam personam emptorem.“ Die Worte am Schlusse: „finge, non manumisisse etc.“ machen auf dem ersten Anblick einige Schwierigkeit.

Ein „bona fide serviens“ trägt Jemandem auf, ihn seinem bisherigen Herrn abzukaufen. Der neue Herr kauft den Sclaven. Nachdem dessen Ingenuität anerkannt worden, fordert er actione mandati den Kaufpreis von dem Freien; denn für dessen, als des Mandanten, Rechnung und Gefahr hat er den vergeblichen Handel geschlossen. Allein durch Ausführung des Mandates hat der Käufer gegen den Verkäufer, der ihm einen Freien statt eines Sclaven verkaufte, actionem emti erlangt und diese ist er dem Mandanten abzutreten schuldig. Damit aber die actio mandati des Käufers gegen den ingenuum denkbar sei, muss man sich denken, dass jener nicht vor der Ingenuitätserklärung diesen manumittirt habe. Denn alsdann hat er durch die Ingenuitätserklärung keinen Sclaven verloren und die Ausführung des Mandats hat ihm keinen Schaden gebracht.

„l. 8. §. 10. Et si cautum est de evictione, vel potes desiderare, ut tibi caveatur: puto sufficere, si mihi hac actione

cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes, quam consecuturus sis."

„l. 10. §. 1. Sed et si de sanitate servi procuratori cautum est, aut caveri potest, aut de ceteris vitiis, idem erit dicendum: aut si culpa caveri non curaverit, condemnabitur."

Wenn Jemand etwas in meinem Auftrage erkauft hat, so kann ich fordern, dass er mir abtrete die Klage aus Cautionen, die ihm gemacht worden, hinsichtlich der Eviction oder etwaniger Mängel der Sache, oder auch die Klage auf Bestellung solcher Cautionen.

„l. 27. §. 5. Si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris."

Die Worte am Schlusse besagen dasselbe, was die Worte in „l. 20. pr. Ex mandatu apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet: sicuti nec damnum pati debet (qui mandatum suscepit), si exigere foeneratam pecuniam non potuit."

Wenn Jemand Geld einem Dritten geliehen, zufolge eines von mir erhaltenen Auftrages, so muss ich ihn, insoweit er nicht sein Darlehn von dem Erborger mit Erfolg zurückgefordert hat, remboursiren. Er aber hat mir die Schuldklage abzutreten.

Wer in eines Andern Auftrage Geld gegen bedungene terminliche Rückzahlungen ausgeliehen hat, ist befugt, gegen den Schuldner zu klagen, nach Maassgabe der Zeit, in welcher die Termine gefällig werden, darum aber auch verbunden, dem Mandanten die vereinzelt auf das Ganze zu richtenden Klagen in dieser Maasse abzutreten.

„l. 43. Qui mandatum suscepit, ut pecunias in diem collocaret, isque hoc fecerit, mandati conveniendus est, ut cum dilatione temporis actionibus cedat."

Am füglichsten ist in dem vorliegenden Zusammenhange l. 28. zu bemerken. „Papinianus lib. 3. Quaestionum ait, mandatorem debitoris solventem, ipso jure reum non liberare: propter mandatum enim suum solvit et suo nomine: ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere."

Wenn Derjenige, der einem Andern aufgetragen hat, einem Dritten Geld zu leihen, das Darlehn selbst zurückzahlt, so wird dadurch der Schuldner nicht ipso jure liberirt. Um den Schuldner gegen jede Unannehmlichkeit sicher zu stellen, handelt der Mandatar zweckmässig, wenn er nun nichts weniger des Darleihers Klage gegen denselben sich abtreten lässt, um des letztern Liberation selbst zu bewirken. Denn der Schuldner wird ausserdem in den Fall kommen können, gegen den Darleiher die exceptio doli in einem Processe erst noch besonders durchführen zu müssen.

Die Erörterungen über den eigentlichen Sinn des ipso jure gehören in die Lehre über den Römischen Prozess. Für den vorliegenden Zweck reicht es aus, zu verweisen auf: (*Krug, Lehre von der Compensation. Leipzig* 1833. §§. 9. 10. *und* 11. *S.* 21. *ff.*)

§. 5.

Zu Num. 6.

Diese Sätze finden sich ausgesprochen in l. 10. §. 3.

„Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendet. Sed et si pecuniam meam foenori dedit usurasque consecutus est, consequenter dicemus, debere eum praestare, quantumcunque emolumentum sensit, sive ei mandavi, sive non: quia bonae fidei congruit, ne de alieno lucrum sentiat. Quod si non exercuit pecuniam, sed ad usus suos convertit, in usuras convenietur, quae legitimo modo in regionibus frequentantur. Denique Papinianus ait, etiam si usuras exegerit procurator et in usus suos convertit, usuras eum praestare debere.“ Sie sind implicite schon in l. 20. pr. (s. §. 4.) enthalten. Die Regel, dass von Zinsen keine Zinsen zu geben, kann keine Anwendung auf den Mandatar verstatten, welcher für den Mandanten eingenommene Zinsen zu Capital gemacht und ausgeliehen hat. Denn immer ist es des Mandanten Geld, wodurch ein Gewinn gezogen worden, während dem Mandatar ohne Ausnahme kein Gewinn verbleiben soll.

Der Beauftragte, dem ich Geld gab, um dasselbe meinem Gläubiger zu zahlen, ist in mora von dem Augenblicke an, wo er mit der aufgetragenen Zahlung säumt. Es liegt also nicht in den Eigenthümlichkeiten des Mandats, dass er von diesem Zeitpunkte an Zinsen zahlen muss.

„l. 12. §. 10. Dedi tibi pecuniam, ut creditori meo exsolvas; non fecisti: praestabis mihi usuras, quo casu et a me creditor pecuniam debitam cum usuris recepturus sit. Et ita imperator Severus Hadriano Demonstrati rescripsit.“

Dass in einem solchen Falle der Gläubiger, der kein zinsbares Capital zu fordern hatte, von dem Schuldner die Zinsen fordern kann, die dieser von dem säumigen Mandatar erhalten, liegt ausserhalb des Mandatverhältnisses, ist aber der Billigkeit gemäss. Denn nicht der Schuldner, sondern nur der Gläubiger kann durch den späten Empfang des Geldes Einbusse erlitten haben.

Die Ausnahme in dem Satze: Jedoch wenn der Mandatar u. s. w. ist ausgesprochen in l. 10. §. 8.

„Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris, isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus? Et Labeo scribit,

restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret: quamvis, si periculo suo credidisset, cessaret (inquit Labeo) in usuris actio mandati."

Jene Ausnahme bedarf keine besondere Rechtfertigung. Denn insoweit der Mandant mit dem Mandatar übereingekommen ist, dass dieser auf eigene Gefahr ihm, dem ersteren gehörige, Gelder ausleihen könne, liegt die Uebereinkunft vor, dass insoweit das Geschäft nicht auf Gefahr des Mandanten, aber auch nicht auf dessen Rechnung gehen solle.

§. 6.

Zu Num. 7.

Da das Mandat auf Rechnung und Gefahr des Mandanten geht, so kann in der Regel den Mandatar keine Verbindlichkeit treffen, einen Verlust in Folge der Ausführung des Geschäftes zu übertragen. Andrerseits ist aber auch kein Grund vorhanden, welcher den Contrahenten verböte, in dieser Hinsicht abändernde Bestimmungen zu treffen. Dergleichen können ferner direct oder indirect getroffen werden; direct, indem die Interessenten eine solche Vereinigung ausdrücklich treffen. Ein Beispiel eines solchen Falles enthält l. 39.

„Et Aristoni et Celso patri placuit, posse rem hac conditione deponi mandatumque suscipi, ut res periculo ejus sit, qui depositum vel mandatum suscepit. Quod et mihi verum esse videtur."

Es kann aber auch eine Uebereinkunft der gedachten Art indirect eintreten, durch die Modalität des Auftrags selbst. Das Beispiel eines solchen Falles findet sich in l. 36. §. 2. und 3.

„§. 2. Quod si fundum, qui per partes venit, emendum (tibi) mandassem, sed ita, ut non aliter mandato tenear, quam si totum fundum emeres, si totum emere non potueris, in partibus emendis tibi negotium gesseris: sive habueris in eo fundo partem, sive non. Et eveniet, ut is cui tale mandatum datum est, periculo suo interim partes emat: et nisi totum emerit, ingratus eas retineat. Propius est, ut cum hujusmodi incommodis mandatum suscipi possit, praestarique officium et in partibus emendis, perinde atque in toto debet ab eo, qui tale mandatum sua sponte suscepit. §. 3. Quod si mandassem tibi, ut fundum mihi emeres, non addito eo, ut non aliter mandato tenear, quam si totum emeres, et tu partem vel quasdam partes ejus emeris, tum habebimus sine dubio invicem mandati actionem, quamvis reliquas partes emere non potuisses."

Gesetzt, es soll ein Grundstück verkauft werden; jedoch nicht in seinem Complexe, sondern in verschiedenen Parcellen vereinzelt. Wenn ich das ganze Grundstück erkaufen

und dazu einem Andern Auftrag ertheilen will, so gebe ich ihm, in einem solchen Falle der Lage der Sache nach, eben so viele einzelne Aufträge, als einzelne Parcellen zu kaufen sind. Da unter mehreren Aufträgen einer sich kann erfüllen lassen, ohne dass diess bei den übrigen möglich war, so fordert der Mandatar von mir den Preis so vieler Parcellen zurück, als er wirklich erkauft hat; und ich kann ihm nicht einhalten, dass er, der nicht alle Parcellen erkauft, den Auftrag unausgeführt gelassen habe.

Wenn ich aber mit dem Beauftragten übereingekommen bin, dass ich den Kauf jeder einzelnen Parcelle nur insoweit für meine Rechnung wolle geschehen lassen, als er sie sämmtlich zu erkaufen im Stande sei, so geht natürlich das Geschäft auf Gefahr des Mandatars, so lange auch nur eine einzige der Parcellen von ihm nicht erkauft worden.

§. 7.

Zu Num. 8.

Da der Mandatar, so lange er nicht gekündiget hat, Mandatar ist, und also nicht anders als in dem Interesse des Mandanten handeln darf, so hat er mit dem Mandate auch die Verpflichtung übernommen, dem Mandanten so zuverlässig und ungesäumt die Kenntniss der erfolgten Kündigung zukommen zu lassen, als es dessen Interesse erfordert:

Man vergleiche l. 22. §. 11.

„l. 27. §. 2. Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet: alioquin, quanti mandatoris intersit, damnabitur. Si vero intelligit explere se id officium non posse, id ipsum, cum primum poterit, debet mandatori nunciare: ut is, si velit, alterius opera utatur. Quod si, cum possit nunciare, cessaverit, quanti mandatoris intersit tenebitur: si aliqua ex causa non poterit nunciare, securus erit.“

§. 8.

Zu Num. 9. und 10.

Direct den Satz unter Num. 9. zu belegen, lässt sich unter allen Stellen des Titels nur eine einzige anziehen. Jedoch die übrigen belegen ihn fast sämmtlich indirect, indem sie das Dasein des Mandates immer nur davon abhängig machen, dass Jemand zu einem Andern mündlich oder schriftlich oder durch einen Boten gesagt habe: „rogo, volo, mando,“ dass Du dieses oder jenes thuest.

Als directer Beleg dient l. 22. §. 11.

„Sicut autem liberum est, mandatum non suscipere, ita

susceptum consumari oportet, nisi renunciatum sit. Renunciari autem ita potest, ut integrum jus mandatori reservetur, vel per se, vel per alium eandem rem commode explicandi, aut (si) redundet in eum captio, qui suscepit mandatum. Et quidem si is, cui mandatum est, ut aliquid mercaretur, mercatus non sit, neque renunciaverit se non empturum, idque sua, non alterius culpa fecerit, mandati actione teneri eum convenerit. Hoc amplius tenebitur (sicuti Mela quoque scripsit) si eo tempore per fraudem renunciaverit, cum jam recte emere non posset."

Hier sind in der vorliegenden Beziehung die Worte entscheidend: „et quidem si is. . . . teneri eum convenerit." Die Worte nämlich „alicui est mandatum" sind richtig gebraucht in allen Fällen, wo Jemand zu einem Andern gesagt hat: „mando tibi," völlig abgesehen davon, ob dieser Andere sich darauf hat ausdrücklich bejahend vernehmen lassen oder nicht.

Wenn nun ein Jeder, bei dem die Aufforderung eines Andern eingegangen ist, ihm etwas zu erkaufen, etweder den Kauf zu bewerkstelligen, oder ungesäumt, d. h. so zeitig als es des Mandanten Interesse erfordert, diesem die abschlägliche Antwort muss zukommen lassen, wenn er sich der act. mandati nicht aussetzen will, so ist damit der Satz unter Num. 9. bewiesen.

Wir, die wir in juristischer Beurtheilung factischer Verhältnisse uns in vielfachen Rücksichten weit weniger frei bewegen, als die Römer, finden es belästigend, dass Jemand durch sein bloses Anverlangen, also blos durch ein einseitiges Factum, dem Andern eine Verbindlichkeit, und zwar die Verbindlichkeit auferlegen könne, mit Nein zu antworten, wenn der Andere dem Anverlangen nicht entsprechen will; und demnach wird bei uns der Mandant nicht befugt, des Mandatar Stillschweigen für eine Acceptation zu nehmen.

§. 11. I. h. t. stimmt mit der aus den Pandecten genommenen Ansicht vollkommen, namentlich in den Worten überein: „nisi ita renuntiatur, ut justa causa mandatori reservetur eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habebit, nisi integra causa intercessit aut non renuntiandi, aut intempestive renuntiandi."

Den Satz unter Num. 10. spricht aus l. 60. §. 2.

„Duobus quis mandavit negotiorum administrationem: quaesitum est, an unus quisque mandati judicio in solidum teneatur. Respondi unumquemque pro solido conveniri debere: dummodo ab utroque non amplius debito exigatur."

Cap. 4.

Verbindlichkeiten des Mandanten.

1) Der Mandant ist gehalten:

a. den Mandatar, auf dessen Verlangen, mit den zu Ausführung des Mandats erforderlichen Mitteln zu versehen;

b. denselben sicher zu stellen gegen diejenigen Gläubiger, mit welchen der Mandatar contrahirt hat in Folge der Ausführung des Mandates.

Ausgenommen sind diejenigen Fälle, wo etwas anderes verabredet worden.

2) Den Aufwand, welchen der Mandatar als solcher bestritten, hat ihm der Mandant zu erstatten, insoweit nicht Ersterem hierbei ein Verschulden zur Last fällt.

3) In jedem einzelnen Falle hat das richterliche Ermessen zu bestimmen, ob und wie hoch der Mandant dem Mandatar den Aufwand zn verzinsen habe, damit der Mandatar keinen Verlust erleide.

4) Den Mandatar für Verlust zu entschädigen, wozu die Ausführung des Mandates die zufällige Veranlassung gegeben, ist der Mandant nur insoweit gehalten, als diesem hierbei ein Verschulden zur Last fällt.

5) Wenn zwei oder mehrere Personen Jemandem ein und dasselbe Geschäft aufgetragen haben, so sind sie solidarisch verbunden, in der Maasse, dass die Zahlung des Einen dem Andern zu Statten kommt.

Erläuterungen.

§. 1.

Zu Num. 1.

Die hier ausgesprochenen Sätze finden sich angewendet in folgenden Stellen:

„l. 12. §. 17. Idem Marcellus scribit: Si, ut post mortem sibi monumentum fieret quis mandavit, heres ejus poterit mandati agere. Illum vero, qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum; potuit enim agere etiam cum eo, qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum: maxime si jam quaedam ad faciendum paravit.“

Wenn Jemand in Gemässheit des Anverlangens eines Andern übernommen hat, nach dessen Tode demselben ein Denkmal zu setzen, so kann des verstorbenen Mandanten Erbe actione mandati die Ausführung des Auftrags verlangen. Allein der Mandatar kann auch seinerseits actione mandati verlangen, dass ihm der damit verbunden gewesene Aufwand (vorausgesetzt, dass der Mandatar sich nicht verbindlich gemacht hatte, diesen aus eignen Mitteln zu bestreiten) erstattet werde. Er kann diess um so mehr, als er das erforderliche Geld vorschussweise von dem Mandanten hätte verlangen können, besonders wenn er schon angefangen gehabt hätte, die nöthigen Materialien herbeizuschaffen.

„l. 45. pr. Si mandatu meo fundum emeris, utrum, cum dederis pretium, ageres mecum mandati, an et antequam des, ne necesse habeas tuas res vendere? Et recte dicitur, in hoc esse mandati actionem, ut suscipiam obligationem, quae adversus te venditori competit: nam et ego tecum agere possum, ut praestes mihi adversus venditorem empti actiones.“

Jemand hat in eines Andern Auftrage ein Haus gekauft. So gut der Mandant verlangen kann, dass der Käufer ihm die actionem emti abtrete, eben so gut kann dieser, um nicht mit seinem eignen Gelde bezahlen zu müssen, verlangen, dass Jener in seine Verbindlichkeit gegen den Verkäufer eintrete.

Dasselbe Gesetz §. 2. besagt, wie es zu halten sei, wenn Derjenige, welchem der Mandatar schuldig geworden, abgeneigt sein sollte, an des Mandatars Stelle den Mandanten eintreten zu lassen. Alsdann ist der Mandant schuldig, dem Mandatar Caution, in Hinsicht der Vertretung gegen den Gläubiger zu leisten.

„§. 2. Item si dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris, et antequam solvas dicendum est, te agere posse, ut obligationem suscipiam: aut si nolit creditor obligationem mutare, cavere tibi debeo, defensurum te.“

Für die bei Num. 1. bemerkte Ausnahme enthält ein Beispiel die bereits bemerkte l. 12. §. 17. Allein es kann auch jede in eines Schuldners Auftrage übernommene Bürgschaft als Beispiel gelten. Wenn A sich verbindlich macht, für den B zu zahlen, was dieser am Verfalltage nicht zahlen sollte, so liegt in dem Geschäfte selbst ausgesprochen vor, dass A anstatt des B zahlen will, dass er nicht eher, als nachdem er gezahlt hat, einen Anspruch an den B zu machen hat. Diess bestätigt l. 38. §. 1., wo nur ausnahmsweise dem Bürgen verstattet wird, den Schuldner in Anspruch zu nehmen, ehe und bevor die Verbindlichkeit des Bürgen von dem Gläubiger ist geltend gemacht worden. Zufolge der engen Verbindung, in welcher §. 1. cit. mit pr. l. cit. steht, hat man beide zusammen zu erklären.

„l. 38. pr. et §. 1. Lucius Titius Publio Maevio filio naturali domum communem permisit, non donationis causa, creditori filii obligare: postea Maevio defuncto, relicta pupilla, tutores ejus judicem adversus Titium acceperunt, et Titius de mutuis petitionibus: quaero, an domus pars, quam Titius obligandam filio suo accommodavit, arbitratu judicis liberari debeat? Marcellus respondit, an et quando debeat liberari, ex persona debitoris itemque ex eo, quod inter contrahentes actum esset, ac tempore, quo res, de qua quaereretur, obligata fuisset, judicem aestimaturum: est enim earum specierum judicialis quaestio, per quam res expediatur. §. 1. Non absimilis illa, quae frequentissime agitari solet, Fidejussor an, et prius, quam solvat, agere possit, ut liberetur? Nec tamen semper exspectandum est, ut solvat, aut judicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessabit, aut certe bona sua dissipabit: praesertim, si domi pecuniam fidejussor non habebit, qua numerata creditori, mandati actione conveniat.“

Mävius hat einen natürlichen Sohn, welchem er, jedoch nicht schenkungsweise, verstattet hat, ein ihm, dem Mävius, und dem Sohne gemeinschaftliches Haus einem Gläubiger des Letzteren zu verhypothekiren. Der Sohn stirbt und dessen und des Mävius Verhältnisse werden gerichtlich auseinander gesetzt. Kann Mävius verlangen, dass sein Haustheil von der Erbin Vormunde der darauf gebrachten Hypothek entlastet werde? Marcellus meint, das hänge von den Umständen ab, die Person des Schuldners, der eigentliche Inhalt der mit dem Mävius getroffenen Uebereinkunft sei in Betracht zu ziehen, ingleichen die Zeit, zu welcher die Hypothek gegeben worden. Nachdem Marcellus mit diesem Allen, genau genommen, sehr wenig Befriedigendes gesagt hat, fährt er §. 1. fort: Sehr nahe verwandt hiermit sei die nicht selten vorkommende Frage, ob ein Bürge, der in der Regel keinen Regress nehmen dürfe, bis er gezahlt habe oder verklagt und gerichtlich verurtheilt worden sei, auch schon früher verlangen könne,

dass der Schuldner ihn seiner Verbindlichkeit enthebe. Marcellus findet diess nur ausnahmsweise gestattet, wenn der Bürge sich gefährdet sieht, indem der Schuldner seine Zahlung geflissentlich hinterzieht oder sich in Abfall der Zahlung bringt. Sehr matt scheint der Zusatz: Das sei um so richtiger, wenn der Bürge nicht genug baare Mittel haben sollte, die Zahlung aus eignem Vermögen zu bestreiten, uns alsdann erst mittelst der actionis mandati zu regrediren.

Ebenfalls gehört hieher „l. 45. §. 5. Quotiens autem ante solutam pecuniam mandati agi posse diximus, faciendi causa, non dandi tenebitur reus: et est aequum, sicut mandante aliquo actionem nacti cogimur eam praestare judicio mandati, ita ex eadem causa obligatos nos habere mandati actionem ut liberemur."

Wenn der Mandatar verlangt, dass der Mandant ihn liberire von den Verbindlichkeiten, die er in Gemäsheit des Mandates übernommen, so wird der Beklagte nicht auf eine Zahlung, sondern auf ein Thun in rechtlichen Anspruch genommen. Ganz allgemein aber wird hier zugleich mit der Grundsatz ausgesprochen, dass, wie der Mandatar gehalten, dem Mandanten active Verbindlichkeit abzutreten, jener von diesem Befreiung von passiven Verbindlichkeiten verlangen könne.

„l. 45. §. 3. Si judicio te sisti promisero, nec exhibuero, et antequam praestem, mandati agere possum, ut me liberes, vel si pro te reus promittendi factus sim."

Wenn ich für Jemanden die Gewähr de judicio sisti übernommen habe, so kann ich, was ich in dieser Beziehung zu zahlen schuldig werde, noch vor erfolgter Zahlung actione mandati von ihm fordern.

§. 2.

Zu Num. 2.

Die Stellen, welche im Nachstehenden und weiter unten §. 4 zu Num. 4. citirt sind, enthalten fast durchgängig Beispiele, die den Unterschied erläutern, der sub Num. 2. und 4. zwischen den Posten gemacht ist, womit der Mandar den Mandanten zu belasten das Recht hat. Das einfachste Beispiel für beiderlei Arten dem Mandanten in Rechnung zu stellender Posten giebt der Fall an die Hand, wo Jemand beauftragt war, einen Sclaven zu erkaufen. Was ihm der Sclave gekostet hat, das fordert der Mandatar, sobald er nicht aus Arglist oder Fahrlässigkeit zu theuer gekauft hat, von dem Mandanten unbedingt, denn es ist eine Verwendung, die er in Gemäsheit des Mandates und als Mandatar gemacht hat. Wenn ihn aber der erkaufte Sclave bestohlen hat, so trifft den Mandanten die Verbindlichkeit zur Entschädigung nur bedingt, insofern dieser des Sclaven diebische Art kannte und den Mandatar zu warnen unterlassen.

Die Fassung von Num. 2. spricht zugleich aus, dass darauf nichts ankommt, ob und in wie weit die Zwecke des Mandates erreicht worden, mittelst der von dem Mandatar gemachten Verwendungen. Genug, dass der Mandatar sich bei einer gewissenhaften Ausführung des Geschäftes dazu musste aufgefordert finden.

l. 29. enthält mehrere hieher gehörige Beispiele, welche jedoch alle das Gemeinsame haben, dass der Mandatar ein Bürge war, durch dessen Zahlung der Zweck des Mandates, Tilgung der Verbindlichkeit des Mandanten in Gemäsheit der geleisteten Fidejussion nicht erreicht ward.

„pr. et §. 2. Si fidejussor conventus, cum ignoraret, non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fidejussionis, an mandati judicio persequi possit id, quod solverit, quaeritur? Et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli, vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari: dissoluta enim negligentia prope dolum est. Ubi vero ignoravit, nihil, quod ei imputetur. Pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi, vel cujus alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet, ei mandati actionem competere: potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fidejussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum."

„§. 2. Si, cum debitor solvisset, ignarus fidejussor solverit, puto eum mandati habere actionem: ignoscendum est enim ei, si non divinavit, debitorem solvisse: debitor enim debuit notum facere fidejussori, jam se solvisse, ne forte creditor obrepat et ignorantiam ejus circumveniat, et excutiat ei summam, in quam fidejussit."

Wenn dem Gläubiger „exceptio non numeratae pecuniae" oder eine andere peremtorische Exception, z.B. doli, (dafern er gegen den Bürgen klagen sollte, nachdem er ohne dessen Vorwissen bereits von dem Hauptschuldner befriedigt worden,) entgegensteht, so ist der Bürge um nichts weniger zum Regresse gegen den Hauptschuldner befugt, sobald er ununterrichtet von Demjenigen war, was der Forderung des Gläubigers entgegenstand.

„§. 1. Non male tractabitur, si, cum ignoraret fidejussor inutiliter se obligatum, solverit, an mandati actionem habeat? Et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia ejus potest: si vero jus, aliud dici debet."

Diese Stelle bedarf einer Erläuterung des factischen Verhältnisses, welchergestalt ein Bürge obligatus, aber inutiliter obligatus, sein und, entweder in facto oder in jure irrend, zahlen könne, was er nicht zu zahlen gebraucht hätte.

Der Bürge war verbunden, aber inutiliter, d. h. nicht klagbarer Weise (man vergl. „Brissonius de V. S. sub voce **inutiliter**), also bloss naturaliter, wie es z. B. der Fall ist,

wenn man die Bürgschaft für eine Schuld übernommen hat, die von dem Hauptschuldner zu der Zeit contrahirt worden ist, wo er noch filius-familias war. Der Bürge zahlt, weil er diess nicht wusste. Hier kommt ihm die ignorantia zu statten. Wenn er aber, von dem Factischen unterrichtet, keine Kenntniss davon gehabt hat, dass eine Schuld, die man als filius-familias gemacht, nicht klagbar sei, so hat er actionem mandati nicht. Denn das konnte er wissen und dieser Irrthum geht auf seine Gefahr. Die Stelle ist in der Lehre von der „ignorantia juris et facti" wichtig geworden. (Man sehe den Verfasser *Rechtsfälle und deren Entscheidungen pvg.* 321.)

§. 5. verbindet mit dem Vorhergegangenen eine, der Theorie des Mandats gar nicht eigenthümliche Bemerkung, nämlich die, dass ein Jeder, der erhalten hat, was er nie oder doch nicht mehr zur Zeit der Zahlung zu fordern hatte, das Empfangene nur alsdann nicht herauszugeben habe, wenn er es nach Urthel und Recht erhalten, dass alsdann die „auctoritas rei judicatae" dem Zurückforderungsrecht entgegenstehe, jedoch des Empfängers bösliches Gebahren denselben krimineller Ahndung unterwerfe.

In omnibus autem visionibus quae propositae sint, ubi creditor vel non numeratam pecuniam accepit, vel numeratam iterum accepit, repetitio contra eum competit, nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta: tunc enim propter auctoritatem rei judicatae, repetitio quidem cessat, ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur."

Es versteht sich, dass, wenn der Bürge, mit einer Leistung geringerer Art, als er geleistet, der Bürgschaft gerecht werden konnte, des Mandanten Verbindlichkeit nur bis zu diesem geringen Betrage statt findet.

„l. 52. Fidejussorem, si sine adjectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo: a reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se a stipulatore licuit. Itaque si paratus fuerit reus, quod dando ipse creditori liberari potuit, fidejussori dare, et fidejussor id, quod dederit (id est melius triticum) condicet, exceptione eum doli summovere existimo."

Nichts kommt aber darauf an, ob der Mandant, wenn er selbst das Geschäft vollbracht hätte, wohlfeiler damit zu Stande gekommen wäre.

l. 27. §. 4. Impendia, mandati exsequendi gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent: nec ad rem pertinet, quod is, qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere."

l. 10. §. 10. enthält ebenfalls die einfachste Anwendung des Satzes unter Num. 2. „Item ait, si quid procurator

citra mandatum in voluptatem fecit, permittendum ei auferre, quod sine damno domini fiat: nisi rationem sumptus istius dominus admittit.“

Hier ist auch der in l. 45. §. 6. erwähnte Fall zu bemerken.

„Si fidejussor multiplicaverit summam, in quam fidejussit, sumptibus ex justa ratione factis, totam eam praestabit is, pro quo fidejussit.“

Durch des Bürgen eignes Verfahren, insofern nur dasselbe durch ausreichende Gründe sich rechtfertigen lässt, kann die Summe, die er von dem Schuldner zurückfordern darf, sich über denjenigen Betrag erhöhen, für welchen Bürgschaft geleistet worden. Z. B. A verbürgt sich für B auf 100 Thlr. — Er lässt sich aber verklagen, ehe er zahlt, weil er glaubt, dem Gläubiger Exceptionen entgegenstellen zu müssen. Er unternimmt diess vergeblich und mit Aufwand von Prozesskosten. Auch deren Erstattung kann er actione mandati fordern.

Wenn der Mandatar erstattet verlangen kann, was er als Mandatar aufgewendet, so kann hierunter an der Verbindlichkeit des Mandanten nichts geändert werden, wenn der Mandatar sich behindert gesehen hat, das übernommene Geschäft vollständig auszuführen.

„l. 56. §. 4. Sumptus bona fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, judicio mandati restitui necesse est.“

Es liegt in der Natur der Sache, dass, wenn Jemand berechtigt ist, die Erstattung gewissen, von ihm bestrittenen Aufwandes zu fordern, der nicht in baarem Gelde bestanden, die Werthsbestimmung nach Maassgabe desjenigen Zeitpunktes erfolgen müsse, wo die Verwendung statt gefunden. Demnach fordert A, der für B, als dessen Mandatar, an einen Dritten einen Sclaven geliefert hat, den Werth des Sclaven, wie er zur Zeit der Lieferung, nicht aber, wie er zur Zeit der erhobenen Klage gestanden. Und wenn der Sclave, nachdem B denselben abgeliefert, eines Todes gestorben ist, dem er auch bei dem B nicht entronnen sein würde, so ändert diess nichts an an des A Verbindlichkeit. Dass bei Klagen aus Stipulationen ein Anderes Rechtens sei, dass hier die Zeit angestellter Klage die Werthsbestimmung regulire, insofern nicht von Seiten des Gläubigers in der Empfangsnahme, oder von Seiten des Schuldners in der Ablieferung Verzug eingetreten, gehört nicht hieher. M. vergl.

„l. 37. Hominem certum pro te dari fidejussi et solvi: Cum mandati agatur, aestimatio ejus ad id potius tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debet: et ideo, etiam si mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio est. Aliter in stipulatione servatur. Nam tunc id tempus spectatur, quo agitur: nisi forte, aut per promissorem steterit, quo minus

suo die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet."

Hiermit ist zu verbinden l. 50. §. 1.

„Sive, cum frumentum deberetur, fidejussor Africum dedit; sive quid ex necessitate solvendi plus impendit, quam est pretium solutae rei, sive Stichum solvit, isque decessit, aut debilitate flagitiove ad nullum pretium sui redactus est: id mandati judicio consequeretur."

Zu casuistischen, zum Theil sehr umständlichen Erörterungen, kann in concreten Fällen die Frage auffordern:

1) ob denn der Mandatar auch wirklich etwas aufgewendet habe, obschon das Mandat vollführt ist und dasselbe seinem ursprünglichen Sinne nach gar nicht ohne Aufwand zu realisiren war; —

2) wie man den Werth der nicht in baarem Gelde bestehenden Verwendung ausmitteln solle?

Anlangend die erste Frage sind folgende Stellen hervorzuheben:

a) „l. 11. Si ei, cui damnatus ex causa fidejussoria fueram, heres postea exstitero, habebo mandati actionem."

B ist des X Gläubiger, A hat sich für X dem B verbürgt. B klagt gegen den A, und dieser wird verurtheilt; vor der Zahlung aber wird er Erbe des inzwischen verstorbenen B. Kann A gegen den X auf die Summe klagen, die er dem B zu zahlen würde gehalten gewesen sein, wenn Letzterer nicht früher gestorben wäre? Er muss dazu befugt sein, wenn er keine Einbusse leiden soll. Um sich diess zu versinnlichen, nehme man an, B hätte nichts im Vermögen besessen, als die Forderung bei X. Wenn A nicht gegen diesen klagen könnte, würde er nichts geerbt haben. Der Umstand, dass des B „condictio certi ex mutuo" auf den A übergegangen, thut dem keinen Eintrag, erstlich, weil nicht selten verschiedene Klagen einen und denselben Zweck verfolgen, und dann, weil die „actio mandati" in einem solchen Falle erspriesslicher sein kann, als die „cond. certi ex mutuo." Durch letztere konnte nur der Schuldbetrag gefordert werden, durch erstere auch Prozesskosten, die während des Streites zwischen dem Gläubiger B und seinem nachherigen Erben, dem Bürgen A, dem Letzteren erwachsen sind. Auch noch andern Aufwand und Verlust kann A gehabt haben, wenn er z. B. ein zinsbares Capital aufnahm oder kündigte, um dem Urthel gerecht zu werden, das ihn dem B verurtheilte.

b) „l. 12. §. 1. Marcellus autem fatetur, si quis donaturus fidejussori, pro eo solverit creditori, habere fidejussorem mandati actionem."

Jemand will dem Bürgen ein Geschenk machen, und der Weg, den er zu Erreichung dieses Zweckes einschlägt, besteht darin, dass er für den Bürgen A an B bezahlt, so viel

als B bei dem A, als Bürgen für X, zu fordern hätte. Wenn A nicht gegen den X sollte klagen können, würde der Betrag der ihm zugedachten Schenkung verloren gehen.

c) Derselbe Fall tritt ein, wenn A 100 Thlr. — bei B zu fordern hat, dem C aber 100 Thlr. — schuldig ist, und B an den C sich für diese, von A dem C schuldigen, 100 Thlr. — verbürgt. Wenn C in der erklärten Absicht, dem B ein Geschenk von 100 Thlr. — zu machen, dem A die Schuld von 100 Thlr. — erlässt, so hat B „actionem mandati“ gegen den A auf Liberirung; denn obschon B den C nicht bezahlt hat, so ist er doch Ursache geworden, dass A gegen den C liberirt ward, und B würde die geschenkten 100 Thlr. — einbüssen, wenn er nicht die Klage hätte.

„l. 26. §. 3. Si is, qui fidejussori donare vult, creditorem ejus habeat debitorem suum eumque liberaverit, continuo aget fidejussor mandati: quatenus nihil intersit, utrum nummos solverit creditori, an eum liberaverit.“

d) Gesetzt aber, der Gläubiger selbst erlässt dem Bürgen die gegen diesen ihm, dem Gläubiger, aus der Bürgschaft zustehende Forderung, nimmt entweder ohne Zahlung die Zahlung für erfolgt an, oder vermacht dem Bürgen die Liberation auf den Todesfall. Auch hier würde des Gläubigers Liberalität gegen den Bürgen vereitelt werden, wenn dieser nicht den entsprechenden Betrag um nichts weniger von dem Hauptschuldner einklagen könnte. Diess belegt „l. 10. §. 13. Si fidejussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto si fidejussorem remunerari vult creditor, habere eum mandati actionem; multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditor, vel si eam liberationem legavit.“

Das entgegengesetzte Verhältniss tritt in dem Falle ein, und der Bürge kann „actionem mandati“ nicht anstellen, wenn der Gläubiger, weil er dem Hauptschuldner eine Schenkung mit dem Betrage der Schuld machen wollte („principaliter donando“), nicht aus Rücksicht für den Bürgen („non remunerandi causa — fidejussorem“ —) diesen der Verbindlichkeit entlassen. „l. 12. pr. Si vero non remunerandi causa, sed principaliter donando, fidejussori remisit actionem, mandati eum non acturum.“

e) Weniger consequent ist vielleicht der Fall, behandelt in „l. 26. §. 2. Abesse intelligitur pecunia fidejussori, etiam si debitor ab eo delegatus sit creditori, licet is solvendo non fuerit; quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum.“ B der Bürge für A, befreit diesen von dem Gläubiger C, indem er an Zahlungsstatt den C überweist an den D, seinen, des Bürgen B, Schuldner. D ist insolvent; B hat also den Auftrag erfüllt, ohne einzubüssen, was nicht schon im Voraus verloren gewesen wäre. Paulus giebt ihm aber doch die „actionem mandati“ auf 100 Thlr. — gegen

den A, weil C, indem er die Schuld an Zahlungsstatt angenommen, sie im Verhältniss des B zu A zu einer guten gemacht habe.

f) „l. 47. pr. Julianus ait, si fidejussori uxor doti promiserit, quod ei ex causa fidejussoria debeat, nuptiis secutis confestim mandati adversus debitorem agere eum posse: quia intelligitur, abesse ei pecunia, eo quod onera matrimonii sustineret.“ Titius hatte für Lucius sich bei der Titia für eine Schuld verbürgt. Titia heirathet den Titius und giebt diesem zur Mitgift, was er als Bürge ihr zu zahlen hatte, d. h. sie lässt ihm die Schuld als Mitgift inne. Es ist so gut, als hätte Titius gezahlt, und Lucius muss ihn remboursiren.

Anlangend die zweite Frage: sind folgende Stellen hervorzuheben:

Wenn ich Jemandem aufgetragen habe, für mich ein Grundstück zu erkaufen, welches mehreren Erben gemeinschaftlich und unter diesen auch dem Mandatar gehört, so ist diess ein Mandatscontract auch in Beziehung auf des Mandatars eignen Antheil. Wie aber ist die Vergütung zu bestimmen für des Mandatars eignen Antheil?

Hierüber spricht sich aus l. 35.:

„Sed si quidem certo pretio emendas eas mandaverim, quanticunque aliorum partes redemeris, sic et tua pars coarctabitur, ut non abundet mandati quantitatem, in quam tibi emendum totum mandavi. Sin autem, nullo certo pretio constituto, emere tibi mandaverim, tuque ex diversis pretiis partes ceterorum redemeris, et tuam partem, viri boni arbitratu aestimato pretio, dari oportet.“

und „l. 36. pr. Ita ut omnes summas, majores et minores coacervet, et ita portionem ei, qui mandatum suscepit, praestet. Quod et plerique probant. §. 1. Simili modo et in illa specie, ubi certo pretio tibi emere mandavi, et aliarum partium nomine commode negotium gessisti, et vilius emeris, pro tua parte tantum tibi praestetur, quanti interest tua: dummodo intra id pretium, quod mandato continetur. Quid enim fiet, si exiguo pretio, hi, cum quibus tibi communis fundus erat, rem abjicere, vel necessitate rei familiaris vel alia causa cogerentur. Non enim tu ad idem dispendium deduceris. Sed nec lucrum tibi ex hac causa adquirere debes: cum mandatum gratuitum esse debet. Neque enim tibi concedendum est, propter hoc venditionem impedire, quod animosiorem ejus rei emptorem esse, quum tibi mandatum est, cognoveris.“

Es ist zu unterscheiden, ob der Mandant den Preis limitirt hat, oder nicht? Ueber den letztern Fall handelt Neratius in l. 35. von den Worten an: „sin autem nullo certo pretio“ und dann Javolenus in l. 36. pr. und zwar auf eine sich nicht ganz übereinstimmende Weise.

Neratius will, dass „nullo certo pretio constituto viri boni arbitratu“ des Mandatars Antheil taxirt werde; Javolenus: dass zusammenaddirt werde der Preis, für welchen der Miterben Antheile erkauft worden sind und der Mandatar den Werth seines Antheils in Verhältniss der Summe bezahlt erhalte.

Hatte also der Mandatar Drei Viertheile von seinen Miterben für 75 Thlr. — gekauft, so würde er 25 Thlr. — für sich zu fordern haben. Neratius Ansicht dürfte die richtigere sein. Denn für den Mandatar kann es nicht bindend sein, wie hoch oder wie niedrig die Miterben ihre Antheile halten wollten.

Was den ersten Fall betrifft, wo der Mandant ein limitum vorgeschrieben hat: so ist Neratius hier wieder nicht ganz übereinstimmend mit dem Javolenus.

Neratius sagt: der Mandatar erhält, was nach Abzug des Kaufgeldes für der Miterben Antheile an dem limitirten Preise zu dessen Erfüllung übrig bleibt. Javolenus sagt dasselbe, allein er nimmt auf die Möglichkeit Rücksicht, dass die Miterben ihre Antheile verschleudern könnten und alsdann der Mandatar zu wenig erhalten könnte. Darum soll die Taxe eintreten und der Mandatar erhalten den wirklichen Werth seines Antheils, jedoch mit der Beschränkung, dass er auf diese Weise jedenfalls nicht mehr als die Erfüllung des limiti zu erhalten habe. Denn, wenn ihm das Verschleudern der Miterben nicht die Verbindlichkeit auflegen könne, seinen Antheil ebenfalls unter dem Werthe abzulassen, so dürfe er auch bei dem Mandate nicht gewinnen, indem er, zufolge der Miterben allzu wohlfeilen Verkaufs, eine unangemessene hohe Erfüllungssumme erhielte. §. 1. schliesst mit der, übrigens nicht hieher gehörigen Bemerkung, dass der Mandatar das Geschäft nicht hindern dürfe, wenn sich ein vortheilhafterer Verkauf des Grundstücks anbieten sollte, als der um das limitum seines Mandanten.

Hiermit ist l. 22. §. 4. zu verbinden.

„Julianus scripsit, mandati obligationem consistere etiam in rem ejus, qui mandatum suscipit: ex eo maxime probari, quod si pluribus heredibus vendentibus uni mandavero, ut rem hereditariam emeret, etiam pro ea parte, qua heres sit, obligatur mandati actione, et obligat; et sane, si ille propter hoc extraneo rem non addixerit, quod mandatum susceperat, ex bona fide esse, praestare ei pretium, quanti vendere poterat, et contra, si emptor ad emptionem rei sibi necessariae idcirco non accesserat, quod heres recepisset, se ei empturum, aequissimum esse, mandati judicio praestari, quanti ejus interfuit, emptam rem habere.“

Die Worte „heres recepisset“ geben denselben Sinn, wie die Worte „heredi praecepisset“ und sind in der Verbindung mit dem „se ei empturum“ sprachgemässer.

Nach dieser Stelle soll der Mandatar den vollen Tax-

werth seines Antheils erhalten. Demnach war in dem hier bemerkten Falle kein limitum gegeben und Paulus, von dem das Fragment ist, des Neratius Meinung, dass der Mandatar alsdann seinen Antheil „viri boni arbitratu," nicht aber nach der von Javolenus l. 36. pr. vorgeschriebenen Methode entrichtet erhalten müsse.

§. 3.

Zu Num. 3.

Den hier ausgesprochenen Satz enthält in Verbindung mit casuistischen Erläuterungen

„l. 12. §. 9. Si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebo mandati actionem de pretio reciperando: sed et si tuo pretio, impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei, erit contraria mandati actio; aut si rem emptam nolis recipere. Simili modo, et si quid aliud mandaveris, et in id sumptum fecero. Nec tantum id, quod impendi, verum usuras quoque consequar. Usuras autem non tantum ex mora esse admittendas: verum judicem aestimare debere, si exegit a debitore suo quis, et solvit, cum uberrimas usuras consequeretur (aequissimum enim erit rationem ejus rei haberi); aut si ipse mutuatus gravibus usuris, solvit. Sed et si reum usuris non relevavit, ipsi autem et usurae absunt; vel si minoribus relevavit, ipse autem majoribus foenus accepit, ut fidem suam liberaret: non dubito, debere eum mandati judicio et usuras consequi. Et (ut est constitum) totum hoc ex aequo et bono judex arbitrabitur."

Dass der Mandatar Verzugszinsen fordern kann, wenn der Mandant säumt, mit ihm die Rechnung zu saldiren, ist ein Satz, der dem Mandate nicht eigenthümlich ist, sondern in allen Fällen zur Anwendung kommt, wo ein Schuldner in mora sich befindet. Darüber aber, inwiefern auch ausserdem der Mandant schuldig werden kann, Zinsen zu berichtigen, darüber, heisst es am Schlusse der Stelle, trete allenthalben die richterliche Beurtheilung ein: „totum hoc ex aequo et bono judex arbitrabitur." Für dieses richterliche Ermessen werden übrigens Beispiele zur Belehrung gegeben, und zwar hat der Mandant Zinsen zu entrichten, wenn der Mandatar

a) ein zinsbares activum eingezogen hat, um für den Mandanten zahlen zu können.

b) Geld zu diesem Zwecke gegen Zinsen aufgenommen hat.

Und da es nur darauf ankommt, was dem Mandatar die Ausführung des Mandates gekostet hat, nicht darauf, was der Mandant dabei gewonnen, so kann letzterer dem ersteren Zinsen zu zahlen in den obenbemerkten Fällen auch dann sich nicht ganz oder theilweise entbrechen, wenn er von dem, was

der Mandatar für ihn gezahlt, keine oder doch nur geringere Zinsen würde zu zahlen gehabt haben.

§. 4.
Zu Num. 4. und 5.

Die Anwendung dessen, was hier gesagt worden, enthalten die nachstehend citirten Fragmente:

„l. 26. §. 6. Non omnia, quae impensurus non fuit, mandatori imputabit: veluti quod spoliatus sit a latronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit; nam haec magis casibus, quam mandato imputari oportet.“

Wenn Jemand in eines Andern Geschäften Reisen macht, und er wird dabei unterweges geplündert, oder er und die Seinigen werden dabei krank, und es erwachsen ihm dadurch Kosten, so hat zwar die Ausführung des Mandates den Verlust herbeigeführt, allein nur zufälliger Weise, ohne dass bei Uebernahme des Mandats so ein Ereigniss in Berechnung kommen konnte. Die Sonderung zwischen rein Zufälligem und durch das Mandat Bedingtem wird oft sehr misslich sein. Dass auch Ulpian diess gefühlt, scheinen die Worte anzudeuten: „nam haec magis casibus, quam mandato imputari oportet.“ Wie das Urtheil hier schwanken könne, beweist das Beispiel in

„§. 7. l. cit. Sed cum servus, quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait, mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur: si tamen sine culpa tua id acciderit, quod si ego scissem, talem esse servum, nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc, quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet.“

Wenn Jemand von einem Sclaven bestohlen wird, den er in eines Andern Auftrage gekauft hat, so kann er „actione mandati“ vollen Ersatz nur dann fordern, wenn der Mandant des Sclaven diebische Natur kannte und den Mandatar zu warnen unterlassen hat. Ausserdem kann der Mandatar nur verlangen, dass ihm, dafern er nicht selbst hiebei etwas verschuldet, der Sclave noxae gegeben werde; denn diess zu fordern hat Jeder das Recht, welchen ein fremder Sclave bestohlen.

Das ist alles ganz deutlich, eben so deutlich aber ist die entgegengesetzte, von Africanus in l. 61. §. 5. de furtis ausgesprochene, Ansicht.

„Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aeque dicendum sit, omnimodo damnum praestari debere? Et quidem hoc amplius, quam in superioribus causis servandum: ut etiam si ignoraverit is, qui certum (hominem) emi mandaverit, furem esse; nihilominus tamen damnum decidere cogetur: justissime enim procuratorem allegare, non fuisse se

id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset. Idque evidentius in causa depositi apparere. Nam licet alioquin aequum videatur, non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit: multo tamen aequius esse, nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperat, damnosum esse. Et sicut in superioribus contractibus, venditione, locatione, pignore, dolum ejus, qui sciens reti-reticuerit, puniendum esse dictum sit: ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. Nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit: et similiter ejus, qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret."

Es ist unmöglich beide Stellen zu vereinigen. Diese Unmöglichkeit hat aber nichts Niederschlagendes. Der Grundsatz bleibt derselbe, nämlich der, dass der Mandant dem Mandatar zufällig erwachsenen Schaden nicht zu ersetzen habe. Wenig kann darauf ankommen, wie in concreten Fällen dieser oder jener Jurist die Zufälligkeit aufgefasst habe oder nicht. Africanus hatte ganz Recht, wenn er bemerkte: „justissime procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset." Hier lag ein Schaden vor, der „minus casibus, quam mandato imputari oportet."

Im Sinne des Africanus ist auch, wenn gleich nur der Analogie, nicht den ausdrücklichen Worten nach l. 26. §. 8., obschon ein Fragment des Paulus, wie §. 7. l. cit.

„Faber mandatu amici sui emit servum decem et fabricam docuit; deinde vendidit eum viginti, quos mandati judicio coactus est solvere: mox, quasi homo non erat sanus, emptori damnatus est. Mela ait, non praestaturum id ei mandatorem: nisi, posteaquam emisset, sine dolo malo ejus hoc vitium habere coeperit servus. Sed si jussu mandatoris eum docuerit, contra fore, tunc enim et mercedem et cibaria consecuturum: nisi si ut gratis doceret rogatus sit."

Der Mandatar hat einen Sclaven gekauft und unterrichtet, und späterhin verkauft er den Sclaven. Der Mandant fordert den Erlös, und der Mandatar muss diesen herausgeben. Jetzt aber macht der Verkäufer Regressansprüche an den gewesenen Mandanten, weil der Sclav mit einer Krankheit behaftet und er, der Mandatar, deshalb von dem Käufer belangt worden ist. Soll der Mandant, nachdem er den Erlös für den Sclaven gezogen, den Mandatar wegen dieser Regressansprüche übertragen? — Dazu soll der Mandant nicht gehalten sein (non praestaturum id ei mandatorem), ausgenommen (nisi), wenn der Sclav „sine dolo" des Mandatars bei diesem erst krank geworden. Er ist also in allen Fällen gehalten, wo den Mandatar ein solches Verschulden trifft.

In Hinsicht auf die Zufälligkeit scheint es gleich, ob ich

durch körperliche oder sittliche Gebrechen des Sclaven etwas einbüsse.

Der Satz unter Num. 5. ist ausgesprochen in l. 59. §. 3. „Paulus respondit, unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato: post condemnationem autem in duorum personam collatam, necessario ex causa judicati singulos pro parte dimidia conveniri posse, et debere.“

Ich kann jeden der Mandanten in solidum belangen; wenn ich aber alle beide belangt und dadurch selbst die Forderung getheilt und in dieser Maasse den Urtheilsspruch erlangt habe, kann ich nicht mehr wegen der ganzen Forderung auf Einen oder den Andern derselben ausschliesslich zurückkommen.

Anhang zu Cap. 3. und 4.

Ueber der Contrahenten Verhältniss zu dritten Personen und von dem Mandatar bewirkte Substitutionen.

Die heutigen Rechtsansichten stellen den Mandanten und Mandatar in eine Beziehung gegen einander, nach der Letzterer durchaus als des Ersteren Stellvertreter angesehen wird. Daher wird der Mandant unmittelbar aus des Mandatars Handlungen verbunden und unmittelbar ist dem Mandanten erworben, was der Mandatar in Folge jener Stellvertretung erwarb, woraus denn folgt, dass der Vollmachtsgeber sich auch als des Nachbevollmächtigten, als des von dem Mandatar bestellten Mandatars Mandant betrachten kann. Die entgegengesetzte, von der Römischen Jurisprudenz beobachtete Methode haben wir bereits kennen lernen. Es bedurfte eines besondern Verfahrens, damit der Mandatar übernommener Verbindlichkeiten entlastet würde, damit in des Mandanten Vermögenssphäre, was jener erworben, überginge. Wie streng alle aus dem Mandate entspringende Rechte und Verbindlichkeiten zunächst auf die Beziehung des Mandanten zu dem Mandatar beschlossen blieben, diess spricht sich in folgenden Stellen aus.

„l. 8. §. 3. Si quis mandaverit alicui gerenda negotia ejus, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur: tenetur autem, quia agere potest. Quanquam enim vulgo dicatur, procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est: ad agendum enim dumtaxat hoc facere non potest.“

Mein beauftragter Geschäftsführer hat einen Andern substituirt. Insoweit diese Substitution von dem Zwecke der auszuführenden Geschäfte bedingt und als zweckmässig bezeichnet war, hat der Mandatar damit das Mandat erfüllt. Man denke z. B. an einen Geschäftsführer, der einen Advokaten für seinen Machtgeber beauftragt. Der Mandatar

stellt hier gegen den Substituten die begründete Klage an, weil der Mandant ihn darauf verklagen kann, dass er die Klage anstelle. Den aus dem Prozesse entnommenen, nur scheinbaren Einwand dürfen wir in dem gegenwärtigen Zusammenhange auf sich beruhen lassen.

„l. 5. §. 3. Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, et petam fundum: non obstabit mihi exceptio, nisi et reliquum mihi, quod deest mandatu meo, praestes et indemnem me per omnia conserves. §. 4. Servo quoque dominus si praeceperit, certa summa rem vendere, ille minoris vendiderit, similiter vindicare eum dominus potest; nec ulla exceptione summoveri, nisi indemnitas ei praestetur."

Es ist an sich nichts einleuchtender, als dass mein Bevollmächtigter, der ein mir gehöriges Grundstück verkaufen sollte, mich dem Abkäufer nicht verbindet, sobald er um einen niedrigern, als den ihm aufgegebenen Preis verkauft. Aber auch dann, wenn er vorschriftsmässig verkauft hat, ist mein Eigenthum nicht auf den Dritten übergegangen. Noch immer kann ich gegen diesen mit Grunde Rechtens sagen: „ajo hunc fundum meum esse." Dass dem so sei, ersehen wir aus ls. §. 2. cit. (S. 37.) Der Dritte muss sich durch eine Exception schützen, die „exceptio rei venditae et traditae," die ganz besonders in dem Falle gebraucht wird, wo des Eigenthümers Mandatar, als solcher, einen Verkauf geschlossen. Man vergleiche „l. 1. §. 2. und 3. de except. rei vend. et trad. (21. 3.) §. 2. Si quis rem meam, mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam, nocebit haec exceptio: nisi probetur me mandasse ne traderetur, antequam pretium solvatur. §. 3. Celsus ait, Si quis rem meam vendidit minoris, quam ei mandavi, non videtur alienata: et si petam eam, non obstabit mihi haec exceptio. Quod verum est."

In diesem Zusammenhange ist l. 49. zu erklären, welche durch die Art und Weise, wie zwei verschiedene und doch verwandte species facti neben einander vorgetragen und beurtheilt worden sind, ihre Schwierigkeiten hat.

„Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo: mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse, vel contra, ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres extiterit, eum emisset: de jure evictionis, et mandato, quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam: et idcirco mandati agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra, mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur, et adversus venditorem testatoris sui habet ex empto, jure hereditario, actionem."

Die beiden Fälle sind zu sondern.

1ter Fall: Titius ist Eigenthümer eines Sclaven. Ohne dass er, oder ich, davon eine Kenntniss haben, erkaufe ich von einem dritten den nämlichen Sclaven, und dann verkauft ihn Titius in meinem Auftrage. Es verkauft demnach der Eigenthümer „ex ignorantia facti" für Rechnung des „bonae fidei" Besitzers und in dessen Auftrag. Diese Verflechtung der Umstände hat keinen Einfluss auf das Verhältniss zwischen dem Titius und dessen Abkäufer, auch wenn sich die Irrthümer aufklären. Dieser hat gekauft und dabei behält es das unveränderliche Bewenden. Meine Einmischung, obschon sie den Titius zu dem Verkaufe bestimmt hat, hat darauf nicht den mindesten Einfluss. Allein mich kann Titius actione mandati belangen, zu Ersatz des in Folge des Mandats erlittenen Verlustes, wenn er ohne dasselbe seinen Sclaven nicht verkauft oder doch bei dem Verkaufe sollte eingebüsst haben.

2ter Fall: Titius beerbt Jemanden. In dem Nachlasse findet er und erwirbt er mit diesem einen Sclaven, den der Erblasser vor seinem Tode von einem Dritten gekauft hat, ohne zu wissen, was auch Titius nicht weiss, dass der Dritte den Sclaven gar nicht verkaufen konnte, weil derselbe des Titius Eigenthum war. Diesen nämlichen Sclaven trägt Titius mir auf, zu verkaufen, als einen zur Nachlassmasse gehörigen. Ich verkaufe ihn. Wenn Titius, als der Mandant, den Sclaven von dem Käufer vindiciren will („contra mandator si rem ab eo vindicare velit"), so steht ihm exceptio doli entgegen, die jedoch, bloss das Factische betrachtet, auf eine „exceptio rei venditae" und „traditae" hinausläuft. Allein „jure hereditario" nimmt Titius seines Erblassers Verkäufer wegen des Verkaufs einer fremden Sache in rechtlichen Anspruch.

Nur der 1te Fall steht mit der Eingangs hervorgehobenen Bemerkung in näherem Zusammenhange.

„l. 10. §. 6. Si cui mandavero, ut a Titio stipuletur, potero cum eo, cui mandavi, agere mandati, ut eum accepto liberet, si hoc velim: vel, si malim, in hoc agam, ut eum deleget mihi, vel (si) cui alii voluero. Et Papinianus libro eodem scribit, si mater pro filia dotem dederit, eamque mandante filia vel illico stipulata sit, vel etiam postea, mandati eam teneri, quamvis ipsa sit, quae dotem dederit."

Da die Römer die rechtlichen Wirkungen des Mandates auf den Mandanten und den Mandatar, als die einzigen Personen, welche bei dem Geschäfte concurriren, mit strenger Consequenz beschränken, ist es ebenfalls der Consequenz angemessen, dass wenn Titius in Folge von mir erhaltenen Auftrags sich auf meine Rechnung etwas von einem Dritten versprechen lässt, ich den Dritten nicht liberiren kann, Titius aber entweder dazu angehalten werden kann, oder, wenn ich selbst den Schuldner liberiren will, Titius mir ihn erst delegiren muss. Die Worte: „Et Papinianus libro eodem scri-

bit etc.“ enthalten eine Erörterung, die mit dem Vorhergegangenen nur sehr entfernt zusammenhängt. Wenn eine Mutter für die Tochter eine Mitgift giebt und sich deren Rückgabe in Gemässheit von der Tochter erhaltenen Auftrages stipulirt, so soll die Rückgabe auf Rechnung der Tochter gehen, und diese hat demgemäss actionem mandati gegen die Mutter, obschon diese es ist, von welcher die Mitgift herrührt.

„l. 59. pr. Si mandatu Titii Calpurnius pecuniam, quam Titius credebat, stipulatus esset, non donandi animo: mandati judicio eum ab herede Titii posse conveniri, ut actiones suas praestet. Idem est et si exacta est a Calpurnio pecunia.“

Wer sich als mein Mandatar etwas versprechen lässt, macht mich nicht zum Inhaber der Forderung. Damit ich diess werde, muss er mir, und nach meinem Tode meinen Erben, die Klage abtreten. Diese Verbindlichkeit tritt natürlich nicht ein, wenn durch das Mandat eine Schenkung beabsichtigt wird. Alsdann ist der Mandatar „mandatarius in rem suam.“

In vorliegendem Zusammenhange ist auch die keiner Erläuterung bedürfende l. 27. §. 5. zu bemerken.

„Si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.“

Auf dasjenige, was vorstehend als Anhang zu Cap. 3 u. 4. gesagt worden, wird man noch einmal und zwar bei der actio institoria zurückkommen.

Cap. 5.

Ueber das Erlöschen des Mandats.

1) Der Mandant darf das Mandat beliebig widerrufen; jedoch, auch widerrufen, hört das Mandat nicht eher auf, Verbindlichkeiten des Mandanten zu begründen, als von da an, wo der Widerruf dem Mandatar bekannt geworden.

2) Der Mandatar darf das Mandat nur in dem Falle beliebig aufkündigen, wo die Aufkündigung es dem Mandanten nicht erschwert, entweder selbst, oder durch einen andern Beauftragten dasselbe Geschäft auszuführen.

Die Kündigung ist jedoch nicht an diese Beschränkung gebunden, in den Fällen wo:

a. die Ausführung des Mandates dem Mandatar präjudicirlich sein würde;
b. des Mandatars Gesundheitsumstände ihm die Ausführung des übertragenen Geschäftes unmöglich machen oder erschweren;
c. eine schwere Verfeindung zwischen dem Mandanten und dem Mandatar eingetreten ist; überhaupt aber
d. unter solchen Umständen, wo nach richterlichem Ermessen anzunehmen, dass, wenn sie früher eingetreten wären, die Uebernahme des Mandats nicht statt gefunden haben würde;

3) Das Mandat erlischt mit dem Tode des Mandanten; jedoch bevor dem Mandatar der Tod des

Mandanten bekannt geworden, hört das Mandat nicht auf, eine Quelle gegen des Mandanten Erben klagbarer Verbindlichkeiten zu sein.

4) Ausgenommen ist der Fall, wo das Mandat ein erst nach des Mandanten Tode auszuführendes Geschäft bezweckte.

5) Es erlischt das Mandat auch durch des Mandatars Tod.

Erläuterungen.

§. 1.

Zu Num. 1.

Der von selbst als richtig einleuchtende Satz unter Num. 1. findet sich angewendet in l. 15.

„Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero: ne damno adficiatur is, qui mandatum suscipit.“

Als Grundsatz ist er ausgesprochen in §. 9. I. h. tit. „Recte quorum mandatum certe actum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.“

Wenn der Mandatar schon ganz oder theilweise die Ausführung vollbracht hat, so kann das Mandat in seinen Folgen, den bis dahin entstandenen Verbindlichkeiten, nicht erlöschen.

§. 2.

Zu Num. 2.

Die Sätze sub Num. 2. sind ausgesprochen in l. 22. §. 11. (s. Cp. 3. §. 8.)

„l. 23. Sane si valetudinis adversae, vel capitalium inimicitiarum.“

„l. 25. Seu (ob) aliam justam causam excusationes alleget: audiendus est.“

„l. 45. §. 1. Sed si mandatu meo judicium suscepisti, manente judicio, s i n e j u s t a c a u s a non debes mecum agere, ut transferatur judicium in me: nondum enim perfecisti mandatum.“

Hiermit sind nur einige Bemerkungen zu verbinden.

Das Römische Recht hat in dieser Hinsicht dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum gegeben. Die generalisirende Betrachtung der Fälle unter a, b und c rechtfertiget, dass für die „justas causas renunciationis“ das unter d gegebene Criterium ausgesprochen worden ist. Auch in den

unter a, b und c angeführten Fällen wird dasselbe nicht ausgeschlossen sein. Denn nicht jeder verschlechterte Gesundheitszustand verbietet oder erschwert die Ausführung eines übernommenen Mandates, welcher Art dasselbe nur immer sei und nur nach vorliegenden besondern Umständen lässt sich ermessen, ob wirklich eine so schwere Feindschaft unter den Contrahenten eingetreten sei, dass dem Mandatar die Fortdauer des Verhältnisses nicht wohl möchte zuzumuthen sein. Eben so wird es von den Umständen abhängen, ob die Ausführung des Mandates dem Mandatar wohl präjudicirlich sein könne.

In letzterer Beziehung könnte man die Frage aufwerfen, wie dem Mandatar durch die Ausführung des übernommenen Geschäftes ein Nachtheil erwachsen könne, um desswillen er das Mandat kündigen dürfe, da der Mandant ihn für diejenigen Einbussen zu entschädigen habe, die auf die bemerkte Weise entstehen möchten? Ein Beispiel wird zeigen, dass jene Frage keinen gegründeten Einwand enthält. Der Mandant haftet nicht für jeden und auch nur den zufällig an die Ausführung des Mandates sich für den Mandatar knüpfenden Verlust. Angenommen nun, A beauftragte den B, ihm ein Grundstück zu kaufen, das C als Erbe des D besitzt. B wird späterhin von Umständen in Kenntniss gesetzt, nach welchen er sich für den Erben des D hält und die Ansicht hegt, gegen C die „hereditatis petitionem" mit Erfolg anstellen zu können. Jetzt ist es ihm nicht mehr zuzumuthen, das Mandat auszuführen. Denn erstlich könnte er durch den mit C abzuschliessenden Kauf ein Anerkenntniss desselben als Erben auszusprechen scheinen, und sodann kann es ausser dem Interesse des B liegen, dem A zu einem Grundstücke zu verhelfen, das er selbst für sich auf dem Wege des Processes zu gewinnen hoffen darf. Weder in der einen, noch in der andern Beziehung würde er nach dem beschränkten Umfange der Verbindlichkeiten des Mandanten seinem Verluste durch die actionem mandati beikommen können.

„l. 24. Seu ob inanes rei actiones" ist übergangen worden. Die Lesart „immanes" ist gewiss unrichtig und die von Finestres und von Pothier gegebene Erklärung von „inanes actiones" ohnstreitig richtig. Der Procurator nämlich soll befugt sein, das Mandat aufzugeben, wenn ihm die Gewissheit vorliegt, dass die Klage, zu welcher er bestellt worden, keinen Erfolg haben könne, sei es nun um der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder demselben zur Seite stehender Ausflüchte willen. Die Compilatoren hätten also besser gethan, die Stelle ganz hinwegzulassen, denn in einem solchen Falle kann die Ausführung des Mandates unterbleiben auch ohne Kündigung desselben, da die Unterlassung in jedem Falle kein Interesse des Mandanten verletzt, welches ihm zu Anstellung

der actionis mandati ausreichende factische Veranlassung geben könnte.

Dass Paulus in lib. 2. tit. 15. §. 1. Sent. recept. unter den Gründen, aus denen man das Mandat aufgeben dürfe, auch die necessariam peregrinationem nennt, deren in den Pandecten keine Erwähnung geschieht, ist nichts Bemerkenswerthes, da überhaupt in den Pandecten die „justae causae renunciationis“ nicht erschöpft werden sollten. Die Stelle lautet folgendermaassen:

„Ob subitam valetudinem, ob necessariam peregrinationem, ob inimicitiam, et inanes rei actiones, integra adhuc causa mandati negotio renuntiari potest.“

Sie kann übersetzt werden: „integra causa mandati“ sei die Aufkündigung des Mandates statthaft „ob subitam valetudinem, cet.“ Allein diese Uebersetzung würde offenbar fehlerhaft sein, da Niemand genöthigt werden kann, ein Mandat zu übernehmen, und es also gar keiner besondern Gründe zur Zurückweisung bedarf, wenn die causa mandati noch integra ist. (Man vergl. Cap, 3. sub Num. 9.) Vielmehr hat man die Stelle so zu erklären: „negotio renuntiari potest: 1) ob subitam valetudinem, 2) ob necessariam peregrinationem, 3) ob inimicitiam et 4) inanes rei actiones,“ und alsdann, 5) abgesehen von diesen „justis causis“ integra adhuc causa mandati.

§. 3.
Zu Num. 3.

Das Wünschenswerthe, das für Jemanden in der Ausführung eines Geschäftes liegen könnte, beruht in subjectiven Ansichten, die natürlich nicht auf den Erben übergehen. Andrerseits würde der Mandatar offenbar gefährdet sein, wenn dadurch in seinem Verhältnisse gegen den Mandanten und nach dessen Tode gegen die Erben, etwas früher geändert werden sollte, als er die Kunde von dem Todesfall erhalten.

Der Satz unter Num. 3. ist ausgesprochen in

„l. 26. pr. Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est: nam mandatum solvitur morte: si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Julianus quoque scripsit, mandatoris morte solvi mandatum: sed obligationem aliquando durare.“

Das aliquando durare bezieht sich auf die Zwischenzeit von dem Ableben des Mandanten bis zu der hievon erlangten Kenntniss des Mandatars. Deutlicher ist in dieser Beziehung l. 58. pr.

„Si praecedente mandato Titium defenderas, quamvis mortuo eo, quum hoc ignorares: (ego) puto mandati actionem adversus heredem Titii competere, quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur. Quod si sine

mandatu defensionem suscepisti, negotium quodammodo defuncti gerere institueras, (et) quemadmodum, si illum liberasses, competeret tibi negotiorum gestorum actio, ita potest dici et heredem ejus eadem actione teneri."

Hieher gehört auch l. 26. §. 1.

„Si quis debitori suo mandaverit, ut Titio solveret, et debitor, mortuo eo, cum id ignoraret, solverit, liberari eum oportet."

Des Mandanten Erben sind in diesem Falle gehalten, ohngeachtet der erst nach des Mandanten Tode erfolgten Zahlung, den Schuldner und Mandatar für liberirt gelten zu lassen.

Man vrgl. §. 10. I. h. tit.

„Item, si adhuc integro mandato, mors alterutrius interveniat, id est vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse executus fueris mandatum posse te agere mandati actione. Alioquin justa et probabilis ignorantia tibi damnum afferret. Et huic simile est, quod placuit, si debitores, manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberti solverint, liberari eos: cum alioquin stricta juris ratione non possent liberari, quia alii solvissent, quam cui solvere debuerunt."

§. 4.

Zu Num. 4.

Der Satz unter Num. 4. bedarf keiner Rechtfertigung; es wäre vielmehr die seltsamste Willkür, wenn eine positive Gesetzgebung das Entgegengesetzte verfügen wollte.

Man vergleiche l. 12. §. 17.

„Idem Marcellus scribit: si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres ejus poterit mandati agere, illum vero, qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum: potuit enim agere etiam cum eo, qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum: maxime, si jam quaedam ad faciendum paravit."

und l. 27. §. 1.

„Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio; potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire: veluti si, poenitentia acta, servum reciperare velim."

Es dürfte sich wohl von selbst verstanden haben, dass aus dem Mandate, welches darauf gerichtet war, dass der Mandatar nach dem Tode des Mandanten einen ihm zu dem Ende übergebenen Sclaven freilassen solle, auch bei des Mandanten Lebzeiten geklagt werden könne, nämlich nicht auf Freilassung, sondern Zurückgabe des Sclaven.

§. 5.

Zu Num. 5.

Der Satz unter Num. 5., welcher sich schon dadurch rechtfertigt, dass in der Regel eine Geschäftsführung eine andere ist, je nachdem sich ihr dieser oder jener unterzieht und also der Mandant es gar nicht in seinem Interesse gefunden haben dürfte, des Mandatars Erben in dessen Stelle eintreten zu lassen, ist ausgesprochen in l. 27. §. 3.

„Morte quoque ejus, cui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, solvitur mandatum: et ob id heres ejus, licet exsecutus fuerit mandatum, non habet mandati actionem."

Der Zusatz re integra in l. cit. ist ziemlich mässig. Es muss noch res integra gewesen sein, die Ausführung noch ganz in der Zukunft gelegen haben, wenn durch des Mandatars Tod das Mandat erlöschen soll. Denn insoweit die Ausführung noch vor des Mandatars Tode erfolgt war, kann ohnehin von keinem Mandate mehr, von einer auf Rechnung und Gefahr eines Andern erst noch zu bewerkstelligenden Geschäftsführung die Rede sein.

Die Anwendung desselben Satzes findet sich in l. 57.

„Mandatum distrahendorum servorum, defuncto, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit: quoniam tamen heredes ejus errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos videri placuit; sed venaliciarium ex provincia reversum, Publiciana actione non utiliter acturum, cum exceptio justi dominii causa cognita detur, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum, adfici damno."

Was die Stelle nach dem Worte „constitit" enthält, gehört in die Lehre von den Eigenthumsklagen und der Verjährung. (Man vergl. des Verfassers *Darstellung praktischer Materien des Römischen Rechts. 1ster Theil, über die Vindication und die Publicianische Klage. Dresden* 1831. *pag.* 93.)

Obschon nun das Mandat mit dem Tode Eines oder des Andern der Contrahenten erlischt, so gehen doch alle durch die Ausführung des Mandates begründeten klagbaren Rechte und Verbindlichkeiten als rein pecuniärer Natur und darum transmissibel durch Succession, auf die Erben über.

So z. B. muss des Bürgen Erbe den Gläubiger bezahlen, und der mit der Bürgschaft begründete Regressanspruch gegen den Hauptschuldner geht auf des Bürgen Erben über.

Man vergleiche l. 14. pr. und §. 1.

„Heredem fidejussoris, si solverit, habere mandati actionem dubium non est. Sed si vendiderit hereditatem et emptor solverit, an habeat mandati actionem quaeritur? Et Ju-

lianus lib. 13. scribit, „idcirco heredem habere mandati actionem, quia tenetur judicio ex empto, ut praestet actiones suas: idcircoque competere ex empto actionem, quia potest praestare. §. 1. Si fidejussori duo heredes exstiterint et alter eorum a coherede emerit hereditatem, deinde omne, quod defunctus fidejusserat, stipulatori solverit, habebit aut ex stipulatu aut ex empto obligatum coheredem suum: idcirco is mandati actionem habebit.“

Es sind mit diesem Fragmente, zu Erläuterung desselben, einige Bemerkungen zu verbinden. Der Erbe des Bürgen verkauft die Erbschaft, und der Käufer bezahlt die bürgschaftliche Schuld. Wie soll der Käufer wieder zu seinem Gelde gelangen, da er zu dem Hauptschuldner in keinem Verhältnisse steht, das ihm ein Klagerecht gebe, da er von dem Erben des Bürgen auch nichts wieder erlangen kann, da es sich von selbst versteht, dass die Erbschaft die bürgschaftliche Verbindlichkeit zu tragen hat. Der Käufer lässt sich actionem mand. gegen den Hauptschuldner cediren. Diese zu cediren ist der Erbe des Bürgen ex vendito gehalten, denn die actio mandati ist so zu sagen ein Bestandtheil der Erbschaft, welche dem Käufer der Erbschaft gehört. Obschon der Erbe selbst die actionem mandati anzustellen kein Interesse hat (denn ihm oder seinem Erblasser ist nichts durch das Mandat entzogen worden, wesshalb ein Regressanspruch zu formiren wäre), so ist er doch noch Inhaber der Klage, und muss sie als Bestandtheil der Erbschaft Demjenigen abtreten, dem diese gehört. Ein gleiches Verhältniss tritt ein, wenn nach des Bürgen Tode von den zwei Erben desselben der Eine seinen Erbantheil an den Andern verkauft, und Letzterer die bürgschaftliche Schuld bezahlt. Obgleich der Verkäufer kein Interesse hat, die actionem mandati anzustellen, so ist er doch noch der Inhaber der Klage, und als Käufer oder ex stipulatu fordert der Käufer von ihm die Cession; letzteres nämlich, wenn er sich von dem Gläubiger die Klage aus der Stipulation — als unter welcher Form die Fidejussion war eingegangen worden — hatte abtreten lassen. Unbegreiflich ist es, wie die Glosse, um das ex stipulatu zu erklären, auf l. 97. de V. S. (50. 16) verweisen kann.

„Cum stipulamur, quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit, res ipsas, quae pervenerunt, non pretia earum spectare videmur.“

Nicht am unschicklichen Orte wird hier l. 59. §. 5. erörtert, obschon in der Stelle weder von des Mandanten noch des Mandatars Tode, sondern von dem Tode dessen die Rede ist, als dessen Mandator Jemand Bürgschaft geleistet hat.

„Ille illi salutem. Mando tibi, ut Blaesio Severo adfini meo octaginta credas sub pignore illo (et illo), in quam pecuniam, et quidquid usurarum nomine accesserit, indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad

vixerit Blaesius Severus, praestaturum. postea saepe conventus mandator, non respondit: quaero an morte debitoris liberatus sit? Paulus respondit, mandati obligationem perpetuam esse, licet in mandato adjectum videatur, indemnem rationem tuam esse ex causa mandati, in eum diem, quoad vixerit Blaesius Severus, praestaturum.“

Kein Gesetz verbietet, dass ein Bürge die Bürgschaft nur bis zu einem gewissen Zeitpunkte übernehme. Zwar kann nach §. 3. I. de V. O. (III. 15.) keine Stipulation und also auch keine Fidejussion ad tempus eingegangen werden.

„At si ita stipuleris: Decem aureos annuos quoad vivas dare spondes? et pure facta obligatio intelligitur et perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.“

Allein diess Verbot ist nur formell, da Derjenige, der über den gesetzten Zeitpunkt hinaus einen Andern in Anspruch nimmt, welcher das Versprechen gab, exceptione pacti zurückgewiesen wird.

Und selbst jenes nur formell wirksame Verbot fällt hinweg, wenn der Bürge nicht als fidejussor, sondern als Mandator — also nicht vermittelst einer Stipulation — eingetreten ist. Demohngeachtet soll in l. 59. §. 5. der Mandator, der nur „quoad vixerit Blaesius Severus“ dem Gläubiger haften wollte, ohne diese Einschränkung verbunden sein. Paulus scheint uns die Entscheidung aus der Eigenthümlichkeit des concreten Falles entnommen zu haben. Eine solche Bürgschaft wäre ganz illusorisch. Wenn der Gläubiger nicht gefährdet sein wollte, musste er den Bürgen sofort in Anspruch nehmen. Hierzu kam in dem vorliegenden Falle, dass der Bürge, obschon mehrmals bei des Blaesius Severus Lebzeiten aufgefordert, Zahlung zu leisten, die Zahlung hinterzogen hatte, und also durch sein einseitiges factum die Bürgschaft würde unwirksam gemacht haben. Durch Verzug kann der Bürge seine Lage nicht verbessern, eben so wenig, als wenn der Mandant einen bestimmten Tag bezeichnet hat, als den, wo er seine Rechnung mit dem Mandatar in Richtigkeit bringen werde, dadurch liberirt wird, dass er diesen Tag vorüber gehen lässt, ohne die Berichtigung zu bewirken. l. 59. §. 2. (S. Cp. 6.)

Cap. 6.

Nachtrag in dem Vorhergegangenen noch nicht citirter Stellen.

Mehrere Stellen des Titels geben durchaus kein Resultat, welches geeignet wäre, über die hinsichtlich des Mandats zu beobachtenden Rechtsgrundsätze im Allgemeinen, oder über die Anwendung derselben in einzelnen Fällen ein eigenthümliches Licht zu verbreiten. Abgesehen davon, dass zum Theil jene Stellen in Betreff anderer Rechtsverhältnisse nicht uninteressant sind, so durften dieselben schon um der Vollständigkeit willen nicht übergangen werden.

„l. 10. §. 5. Idem Papinianus libro eodem refert, fidejussori condemnato, qui ideo fidejussit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam, quasi institoriam; quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur."

A hat dem Procurator B aufgetragen, Geld zu borgen. Daraus entsteht kein Schuldnexus des A zu dem Darleiher C, sondern nur des B zu dem C. Wenn D Bürgschaft für den B leistet, ohne dazu Auftrag von dem A gehabt zu haben, so hat er gegen diesen nicht actionem mandati. Er hat aber auch nicht actionem negot. gest. gegen den A; denn in dem Verhältnisse, wie es vorliegt, spricht sich nicht aus, dass C intuitu des A gehandelt habe. Er kann recht füglich nur intuitu des B gehandelt haben, da nur dieser Schuldner des C geworden. Allein da ja doch im Interesse des A von dem D gehandelt worden, der durch die übernommene Bürgschaft dem B die Ausführung des Mandates erleichtert hat, so soll D „actionem quasi institoriam" haben, als wenn er für einen Institor des A bei einem Geschäfte eingetreten wäre, das der Institor in dem von A ihm angewiesenen Geschäftskreise ausgeführt hatte.

„l. 12. §. 2 — 6; §. 2. Plane si filius-familias vel servus fuit fidejussor, et pro his solvero donaturus eis, mandati patrem vel dominum non acturos: hoc ideo, quia non patri donatum voluit (qui solvit). §. 3. Plane si servus fidejussor solverit, dominum mandati acturum. §. 4. Idem Marcellus ibidem ait, si filius-familias non jussu patris fidejusserit, cessat mandati actio, si nihil sit in peculio: quod si jussu, vel ex peculio solutum est, multo magis habet pater mandati.

§. 5. Si filio-familias mandavi, ut pro me solveret, patrem, sive ipse solverit, sive filius ex peculio, mandati acturum Neratius ait: Quod habet rationem: nihil enim mea interest, quis solvat. §. 6. Si filio-familias mandavero, ut pro me solveret, et emancipatus solvat, verum est in factum actionem filio dandam: patrem autem, post emancipationem solventem, negotiorum gestorum actionem habere.“

Wenn Jemand, um dem Bürgen ein Geschenk zu machen, dem Gläubiger die Bürgschaftssumme bezahlt, so hat der Bürge nun nichts weniger gegen den Hauptschuldner actionem mandati auf die gleich hohe Summe. Die Bedeutung des Geschenks besteht eben darinne, dass der Bürge durch den Schenkgeber in den Stand gesetzt wird, eine Klage zu haben, ohne dass vorher von ihm, dem Bürgen, gezahlt worden. Wenn aber der Bürge (§. 2.) ein filius-familias oder ein Sclave war, und der Dritte welcher zahlte, hat nicht in Hinsicht auf den Vater gezahlt, so kann auch dieser, dem Nichts hat geschenkt sein sollen, nicht die actionem mand. anstellen gegen den Schuldner. Man könnte hierbei den Einwand machen, dass der servus und der filius-familias keine selbstständigen Rechtsgeschäfte machen, also auch aus Bürgschaften nicht konnten verklagt werden, somit aber dem Hausherrn durch eine solche Schenkung nur bewahrt werde, was ihm ohnehin nicht hätte entrissen werden können. Allein wenn der Sclave oder Sohn ein peculium hat, kann man den Vater belangen, dass er aus dem peculio zahle; und dem vorzubeugen, kann allerdings im Interesse des Sclaven und des filii-familias liegen, und so die Zahlung der Bürgschaftssumme als ein ihnen gemachtes Geschenk angesehen werden.

§. 3. ist die einfache Anwendung des Grundsatzes, dass der Herr erwirbt, was der Sclave sich erworben hätte, wenn derselbe ein Freier wäre.

§. 4. Wenn der filius-familias sich nicht auf Befehl des Vaters verbürgt hat und auch kein peculium besitzt, so fallen die Voraussetzungen hinweg, unter denen ein Geschäft des filii-familias als obligatorisch auf den Vater einwirken kann.

§. 5. Wenn ich einem filio-familias auftrage, für mich zu zahlen, und er zahlt ex peculio, so hat der Vater actionem mandati. Diese hat aber der Vater auch dann, wenn er gleich selbst aus eignen Mitteln gezahlt hat. Der Entscheidungsgrund „nihil enim mea interest, quis solvat,“ ist nicht recht stringent. Bloss dadurch, dass ein Dritter anstatt meines Mandatars zahlt, begründet sich jener noch keineswegs die actionem mandati, indem ein Wechsel in der Person der Verpflichteten nicht bloss um desswillen eintreten kann, weil ein solcher Wechsel Einem oder dem Andern der Contrahenten unschädlich sein würde. Der treffendere Entscheidungsgrund scheint dem Verfasser folgender: wäre der filius-familias, für den der Vater

zahlt, kein filius-familias, so könnte sich der Vater, als dessen Negot. gestor die act. mand. gegen den Hauptschuldner abtreten lassen. Im vorliegenden Falle aber bedarf es einer solchen Cession gar nicht; ja dem strengen Rechte nach würde eine solche ohnehin unausführbar sein, da die Klagerechte des Sohnes schon als eines solchen, von dem Vater erworben werden.

§. 6. Wenn der filius-familias nach der Emancipation in Folge des früher von mir erhaltenen Auftrags zahlt, so muss er „actionem in factum" anstellen, denn von Haus aus konnte er gar kein Klagerecht in eigenem Namen haben, und die Emancipation vermag nichts an den ursprünglichen Rechtsverhältnissen zu ändern. Des Vaters actio negot. gest., sobald dieser „post emancipationem" klagt, bedarf keiner Erläuterung ihres factischen Grundes. Am schicklichsten wird in diesem Zusammenhange die an sich nicht schwierige l. 61. aufgeführt.

„Quod filio-familias, ut peteret mandavi, emancipatus exegit: de peculio intra annum utiliter agam. Paulus: sed et cum filio agendum."

„l. 12. §. 8. Inde Papinianus quaerit, si patronus praedium, quod emerat, pro quo pretii bessem exsolverat, jusserit liberto suo tradi, ut ille residuum pretii redderet, deinde, reddito pretio, vendenti fundum patrono libertus consenserit: trientis pretium an libertus possit repetere? Et ait, si mandatum suscepit initio libertus, non donatum accepit, contrario judicio posse eum pretium repetere, quod deductis mercedibus, quas medio tempore percepit, superest: quod si donationem patronus in libertum contulit, videri et postea libertum patrono donasse."

Die Eigenthümlichkeit des hier angegebenen und entschiedenen Falles belegt, dass die Entscheidung auf besondern Umständen beruht, deren Beurtheilung für uns nicht einmal durch Analogie von Wichtigkeit ist. Die Stelle ist immer mit Wichtigkeit behandelt worden bei der Lehre von der sogenannten remuneratorischen Schenkung. In dieser Hinsicht s. man des Verfassers *Rechtsfälle und deren Entscheidungen Th.* 1. *S.* 11.

Was zur Erklärung der Stelle zu sagen ist, besteht in Folgendem: Ein Patron hatte ein Grundstück gekauft und zwei Dritttheile des Kaufpreises bezahlt, zugleich aber den Verkäufer hinsichtlich der Uebergabe an den Freigelassenen angewiesen, mit der Bestimmung, dass dieser das noch unbezahlte Dritttheil des Kaufpreises bezahlen solle. Diess Alles geschieht, und nachdem es geschehen, verkauft der Patron das Grundstück anderweit und zwar mit Zustimmung des Freigelassnen. Nun entsteht die Frage: kann der Freigelassne das aus seinen Mitteln berichtigte Dritttheil von dem Patron zurückfordern oder kann er es nicht?

Diese Frage beantwortet Papinian mittelst folgender Unterscheidung:

„Entweder hat der Freigelassne das Grundstück übernommen und theilweise bezahlt, als dazu von dem Patron bestellter Mandatar;

Oder diess Grundstück sollte nach zwei von dem Patron bezahlten Dritttheilen eine dem Freigelassnen gemachte Schenkung sein.

Im ersten Falle hat der Letztere das Recht, das seinerseits bezahlte Dritttheil, versteht sich unter Abrechnung der einstweilen aus dem Grundstücke gezogenen Nutzungen, von dem Patron zurückzufordern. Im letztern Falle hat er diess Recht nicht; weil man annimmt, dass der Freigelassne dem Patron, nachdem dieser ihm mit zwei Dritttheilen des Werthes ein Geschenk gemacht hatte, nunmehr mit dem letzten Dritttheile ein Gegengeschenk habe machen wollen.

„l. 12. §. 15. Idem ait, si tutor mandet, suscipi vel probari nomen, quod fecerat, teneri eum mandati, scilicet quondam pupillo suo vel curatori ejus."

Die Kürze des Ausdrucks in diesem Fragmente erschwert das Verständniss. Wem ist der Auftrag gegeben worden? Offenbar Demjenigen, der die Klage haben soll, dem gewesenen Pflegebefohlenen des Auftraggebenden Vormundes oder dem Curator des ersteren. Darüber, dass quondam pupillo so viel heisst, als dem gewesenen Mündel, vergleiche man „Brissonius sub voce quondam." Demnach ist der Fall folgender. Der Vormund hat, als die Vormundschaft beendiget war, zu Berichtigung des, dem gewesenen Mündel zukommenden, Vermögens, denselben angewiesen, ein aussenstehendes Activum als eine gute Schuld statt Zahlung zu übernehmen. Dafür hat er judicio mandati einzustehen.

„§. 16. leg. cit. Si mandavero exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutavero, an sit mandati actio vel mihi, vel heredi meo? Et ait Marcellus cessare mandati actionem: quia exstinctum est mandatum, finita voluntate. Quod si mandaveris exigendam, deinde prohibuisti, exactamque recepisti, debitor liberabitur."

Diess Fragment gehört zu denjenigen, wo man nicht sowohl von der Richtigkeit des darinne Gesagten, als vielmehr davon überrascht wird, dass der Jurist es nöthig glauben konnte, etwas sich so ganz und gar von selbst Verstehendes zu bemerken, wie der Satz ist, dass, wenn ein Mandat vor der Ausführung zurückgenommen wird, daraus keine actio mandati entsteht, dass ein Schuldner liberirt wird, wenn der Gläubiger einen Andern mit Erhebung der Schuld beauftragt, dann aber das Mandat zurückgenommen hat, der gewesene Mandatar jedoch die Schuld um nichts weniger eincassirt, und der Gläubiger das Geld von ihm sich zahlen lässt.

„l. 17. Si mandavero tibi, ut a Titio decem exigeres et, ante exacta ea, mandati tecum egero: si ante rem judicatam exegeris, condemnandum te esse constat."

Wenn ich Jemanden beauftrage, Geld von meinem Schuldner zu erheben, und den Beauftragten auf Ausantwortung der Summe belange, noch ehe er sie erhoben, so soll derselbe dennoch verurtheilt werden, wenn die Erhebung noch vor Beendigung des Processes erfolgte. (Diese Bemerkung konnte nur durch scheinbar entgegenstehendes, eigenthümlich rigoristisches, Prozessrecht veranlasst werden.

„l. 22. §. 9. Fugitivus meus, cum apud furem esset, pecuniam adquisiit et ex ea servos paravit eosque Titius per traditionem a venditore accepit. Mela ait, mandati actione me consecuturum, ut restituat mihi Titius: quia servus meus mandasse Titio videbatur, ut per traditionem acciperet; si modo rogatu servi hoc fecerit. Quod si sine voluntate ejus venditor Titio tradiderit, tunc posse me ex emto agere, ut mihi eos venditor traderet: venditoremque per condictionem a Titio repetiturum, si servos tradiderit Titio, quos non debuerit, cum debere se existimaret."

Mein mir entlaufener Sclave hält sich bei Jemandem andern, als dessen Sclave auf. Sein jetziger, scheinbarer Herr gilt durch seine Kenntniss von dem Verhältnisse als Dieb (fur) in der Römischen Bedeutnng des Wortes. Während dessen erkauft der Flüchtling Sclaven, die er an den Titius abliefern lässt. Wenn Titius gemäss dem Anverlangen des Sclaven die gekauften übernommen hat, so ist er dessen Mandatar und als meines Sclaven Mandatar der meinige, und ich belange den Titius mittelst der, durch des Sclaven Handlung mir erworbenen actionis mandati auf Herausgabe. Gesetzt aber, es fand kein Mandat statt, und der Verkäufer der Sclaven hat sie dem Titius übergeben, weil er diesen für den Herrn des Sclaven hielt. Ich, der ich gegen den Verkäufer actionem emti durch des Sclaven Handlung erworben habe und als Käufer die Uebergabe von dem Verkäufer fordern kann, verklage ihn, die Sclaven mir zu übergeben, und der Verkäufer fordert sie von dem Titius condictione indebiti; denn was mein Selave gekauft hat, ward der Verkäufer nicht einem Dritten sondern mir zu übergeben schuldig.

Schwieriger ist der vorhergegangene §. 8.

„Si mandaverim servo tuo, ut quod tibi debeam, solveret meo nomine; Neratius scribit, quamvis mutuatus servus pecuniam, rationibus tuis quasi a me receptam intulerit, tamen, si nummos a creditore non ita acceperit, ut meo nomine daret, nec liberari me, nec te mandati mecum acturum: quod si sic mutuatus sit, ut pecuniam meo nomine daret, utrumque contra esse. Nec referre, alius (quis), an idem ipse servus nomine tuo, quod pro me solvebatur, acceperit: et hoc

verius est, quoniam, quotiens suos nummos accipit creditor, non contingit liberatio debitori.“

A ist dem B schuldig und trägt dessen Sclaven auf, dem B zu bezahlen, was er, der A, diesem schuldig ist. Die Zahlung, die der Sclave zunächst nur mittelst des peculii zu bewirken im Stande wäre, könnte, wenn sie auch der Sclave aus dem Peculium bewirken und den Betrag dem A in den Rechnungen des B gut schreiben sollte, jenen nicht liberiren. Denn B erhielte auf diese Weise nur einen Theil desjenigen Ganzen, das ihm ohnehin gehört. Gesetzt aber, der Sclave hat das Geld von dem C empfangen, und den Empfang in des B Rechnungen eingetragen. Auch dadurch ist der A nicht liberirt worden. Denn was hat B erhalten? Eine Summe Geldes, deren Betrag durch des Gläubigers actio de in rem verso absorbirt wird. Ob der Sclave das Geld aufgenommen, oder ein Dritter auf Rechnung des B, ist ganz gleich. Dieser ist so gut als mit seinem eignen Gelde bezahlt. Gesetzt aber, C hat sub nomine des A dem Sclaven geliehen. C kann nomine des A, d. h. auf dessen Rechnung, nur dann vorgeschossen haben, wenn A dessfalls sein Mandator geworden ist. Indem aber A diesen Auftrag ertheilte, sprach er zugleich in Beziehung zu dem Sclaven den Auftrag aus, dass dieser das Geld bei C erborgen solle. Wäre der Sclave ein Freier, so hätte er actionem mandati gegen A, darauf, dass dieser ihn gegen C liberiren solle. Weil der Sclave aber kein Freier ist, so hat nicht er, wohl aber sein Herr actionem mandati. A ist liberirt von der ursprünglichen Schuld und an deren Statt actione mandati gehalten, die Schuld bei C zu tilgen. Es versteht sich, dass der Sclave muss angestellter Geschäftsführer für des Herrn Geldangelegenheit gewesen sein, damit der Herr gehalten sei, das Geschäft in der nur bezeichneten Gestaltung anzuerkennen. Diess war er, der Sclave, in dem vorliegenden Falle, da er sich mit der Buchführung für seinen Herrn zu befassen hatte.

„l. 30. Si hominem tibi dedero, ut eum manumitteres, et postea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, an mandati agere possim, si tu eum manumiseris? Respondi: Si procurator justam causam habuit interpellandi manumissionem servi, quem in hoc solum acceperam, ut manumitterem, veluti si compererit eum postea falsas rationes confecisse, insidias vitae prioris domini struxisse: tenebor, nisi denunciationi procuratoris paruero. Si vero nulla justa causa procuratori fuit denunciandi, ne servus manumitteretur, non poterit mecum agi, quamvis ad libertatem eum perduxerim.“

Jemand, der von mir einen Sclaven erhalten, damit er ihn manumittire, ist dadurch mein Mandatar geworden. Später, als mein Auftrag erfolgt, bedeutet ihn mein procurator, er

solle den Sclaven nicht manumittiren. Er thut es aber dennoch, diesen Widerspruch nicht beachtend. Ob ich unter solchen Umständen actionem mandati gegen den Mandatar habe, das soll davon abhängen, ob mein „procurator justam causam interpellandi manumissionem“ gehabt habe oder nicht. Die Entscheidung, welche das Fragment enthält, auf einen allgemeinen Grundsatz zurückgeführt, scheint es, man müsse sich das sonderbare und andern Gesetzstellen widersprechende Resultat gefallen lassen, der Mandatar habe sich um den Widerruf des Mandates nicht unbedingt zu kümmern; er könne irgend nach Gründen der Gerechtigkeit, des Widerrufes ungeachtet, das einmal Uebernommene ausführen.

Allein man bemerkt leicht, dass es sehr irrig wäre, hier Consequenzen ziehen zu wollen. Der Sclave, den ich einem Andern zum Eigenthum übergebe, jedoch nur in der Absicht, dass derselbe aus der Hand des neuen Herrn die Freiheit erhalte, kann sich so zu sagen schon als frei betrachten und hat, wenn auch nicht der Form, doch der Wirkung nach, die Freiheit von mir erhalten. Wenn nun ein solcher Auftrag zurückgenommen werden kann, nur unter der Voraussezzung, dass Schlechtigkeiten des so begünstigten Sclaven an den Tag kommen, so ist damit genau genommen weiter nichts gesagt, als dass die zugesicherte Freilassung eines Sclaven als wirkungslos betrachtet wird, wenn Umstände eintreten, welche die Zurücknahme des Auftrages rechtfertigen.

„l. 19. Servus meus, si de semet emendo mandaret, ut redimatur, Pomponius eleganter tractat, an is, qui servum redemerit, ultro convenire possit venditorem, ut servum recipiat: quoniam mandati actio ultro citroque est? Sed esse iniquissimum Pomponius ait, ex facto servi mei cogi me servum recipere, quem in perpetuum alienari volueram: nec magis in hunc casum debeo mandati teneri, quam ut eum tibi venderem.“

Der Verfasser bekennt bei diesem Gesetze, nicht die Möglichkeit einzusehen, wie der Fall habe eintreten können, dessen rechtliche Folgen in dem Fragmente bestimmt werden. Das verbum r e d i m e r e ist in redimatur der l. 19. nicht gebraucht der Bedeutung von k a u f e n. — Denn wie möchte Ulpian gesagt haben „servus de semet emendo mandavit, ut ematur?— sondern in der Bedeutung von z u r ü c k k a u f e n. Eben so und auch in Beziehung auf einen Sclaven finden wir es so gebraucht in „l. 9. §. 16. de hered. inst. (28. 5.) Servus cum libertate heres institutus, juberi adire ab eo potest, cui alienatus est; sed si r e d e m t u s s i t a testatore, institutio valet et necessarius heres erit.“ Dagegen hat in r e d e m e r i t der l. 19. dasselbe Verbum die Bedeutung von e m e r i t. Diess erkennt schon die Glosse an. Hiernach findet sich folgende faktische Prämisse: Davus, der Sclave, hat dem Titius aufgetragen, ihn von

seinem bisherigen Herrn, dem Cajus, zu kaufen, in der Absicht, dass Letzterer ihn zurückerkaufe. Die Frage wird aufgeworfen, ob Titius, der Käufer, ultro (d. i. „ex sua parte“ man vergl. „*Brissonius de V. S. sub voce ultro*“) den Verkäufer belangen könne „ad servum recipiendum.“ Als Moment, um dessenwillen man an ein solches Klagbefugniss denken könne, wird die Bemerkung aufgestellt, „quoniam mandati actio ultro citroque est,“ weil aus dem Mandate nicht nur von dem Mandanten sondern auch von dem Mandatar müsse geklagt werden können.

Hieraus sieht man, Cajus hatte das Klagrecht, dass Titius den Sclaven gegen den festgesetzten Kaufpreis ihm abnehmen solle; und darin liegt nichts Auffallendes; denn indem er klagte, genehmigte er des Titius Uebereinkunft mit dem Sclaven, aus dessen Handlungen er vi dominicae potestatis Rechte und also auch Klagen erwerben mochte. Allein Titius kann nicht fordern, dass Cajus den Sclaven zurücknehme, obschon im Allgemeinen aus dem Mandate „ultro citroque“ Klagen gegeben werden. Titius kann es um desswillen nicht, „quia iniquissimum foret, ex facto servi cogi me servum recipere, quem in perpetuum alienari volueram.“ Hieraus sieht man, Cajus hatte nur den verabredeten Kauf, nicht aber auch die Absicht genehmiget, dass der Sclave von Titius an ihn zurückverkauft werden solle. Demnach besagt die Stelle weiter nichts als das: durch den mit einem Sclaven verabredeten Vertrag werde ich dem Herrn verbunden, ohne dass dieser sich dem darüber hinausliegenden Zwecke zu conformiren hat, über welchen dabei der Sclave und der Auftragsnehmer übereingekommen sind. Die Schlussworte: „nec magis in hunc casum debeo etc.“ haben nichts Schwieriges. So wenig der Herr genöthigt werden kann, den Sclaven zurückzunehmen, so wenig kann er genöthigt werden, den Sclaven zu verkaufen, indem es ja dem Ersteren überlassen bleiben muss, inwieweit er den verabredeten Kauf genehmigen will. Allein, wie gesagt, der Verfasser sieht nicht ein, wie die Umstände sich so gestalten konnten, dass ein Sclave wünschen mochte, seinem bisherigen Herrn abgekauft zu werden, damit dieser ihn zurückkaufen könne.

Dass des Davus Uebereinkunft mit Titius in Betreff des Kaufes die mögliche Wirksamkeit nur durch des Cajus Genehmigung erhalten könne, liegt in der Natur der Sache, und es bestätigen diess die Eingangsworte der l. 54. pr., welches Gesetz die Erklärung am schicklichsten in dem vorliegenden Zusammenhange findet. „Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur, nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor, et affectus ratione, mandati agetur. Finge filium naturalem vel fratrem esse. Placuit enim

Prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam. Quod si de suis nummis emptor pretium dederit (neque enim aliter judicio venditi liberari potest) quaeri solet, an utiliter de peculio agere possit? Et verius et utilius videtur, Praetorem de hujusmodi contractibus servorum non cogitasse, quo se ipsi mala ratione dominis auferunt."

Titius kaufte den Sclaven Davus vom Cajus. Cajus hat kein Recht, sich darum zu bekümmern, in welcher Absicht ihn der Titius erkauft hat, über welche Absicht des Kaufes der Sclave und Titius übereingekommen sind. Daraus folgt, dass, wenn der Titius dem Davus versprochen, ihn zu kaufen und dann freizulassen, Niemand auf die Freilassung gegen den Titius klagen kann. Der Sclave nicht, weil er ein Sclave ist, und Cajus nicht, weil nicht er vor dem Verkaufe die Freilassung bedungen hat. Indem er den Sclaven unbedingt verkaufte, sprach er aus, dass er überhaupt kein weiteres Interesse an demselben nehme. Anders soll es gehalten werden, wenn der Sclave mit einer Sclavin von dem Cajus oder von dessen Vater erzeugt war. Alsdann tritt eine affectus ratio ein, zufolge welcher vorausgesetzt und angenommen wird, Cajus habe das Mandat des Sclaven zu dem besondern Zwecke genehmigt, zu welchem dieser das Mandat gab. Cajus mag alsdann den Kaufpreis und zugleich die Freilassung des Sclaven fordern. Kann aber Titius sagen: das Geschäft, das ich „tui affectus ratione" vollbracht habe, kostet mich mein Geld, ich werde angesehen, als hätte der Sclave jussu tuo mir das Mandat gegeben, erstatte mir den Kaufpreis e peculio servi? Dieser Meinung war der Prätor nicht. Denn alsdann wäre Niemand Herr eines solchen Sclaven gewesen, hätte ihn ohne mögliche Einbusse in commercium bringen können, weil der Sclave sehr leicht sich mit dem Käufer hätte einverstehen können, dass dieser ihn kaufen, loslassen und alsdann das Kaufgeld e peculio zurückfordern solle.

„l. 31. Si negotia mea mandavero gerenda ei, qui mihi actione in quadruplum tenebatur, post annum vero in simplum, etsi post annum cum eo mandati agam, praestare mihi quadruplum debebit: nam qui alterius negotia administranda suscipit, id praestare debet in sua persona, quod in aliorum."

Jemand, der mir „intra annum in quadruplum" und „post annum in simplum" verhaftet war, wird mein Generalbevollmächtigter. Wenn er mir auch erst nach dem Jahre Rechnung abzulegen angehalten wird, muss er doch seine eigne Schuld nach dem vierfachen, und nicht nach dem einfachen Betrage in Einnahme stellen. Denn wenn ein Dritter mir so das respective Vierfache und Einfache geschuldet hätte, wäre es des Mandatars Sache gewesen, die Schuld beizutreiben, zur Zeit, wo noch das Vierfache gefordert werden konnte; und da er mit dem Mandate überhaupt in meinem Interesse zu handeln übernahm, so muss er mir in Beziehung auf

sich selbst eben so viel leisten, als er mir in Beziehung zu einem Dritten zu verschaffen, wäre gehalten gewesen.

„l. 55. Procurator, qui non res inclusas subtraxit, sed traditas non reddidit, judicio mandati, non furti, tenetur.“ Es ist schon oben bemerkt worden, dass der Mandatar dem Mandanten diejenige Sache zurückzugeben hat, welche dieser ihm übergab, weil sie zu Ausführung des Mandates erforderlich war. Gesetzt nun, ich zahle dem Mandatar eine Geldsumme, damit er sie meinem Gläubiger zahle. So lange er sie noch nicht ausgezahlt hat, kann ich die Summe zurückfordern. Gesetzt aber, ich übergebe ihm eine verschlossne Cassette mit Pretiosen, um diese darin verschlossen einem Dritten zu behändigen. Wenn er die Cassette leert und die Pretiosen an sich nimmt, so hat er nicht nur wie ein gewissenloser Mandatar, sondern wie ein Dieb (in dem mit diesem Worte nach Römischer Bedeutung zu verbindenden weitern Sinne) gegen mich gehandelt.

„l. 56. §. 2. Non ideo minus omnis temporis bonam fidem explorari oportet, quod dominus post annos quinque provincia reversus, mox Reipublicae causa profecturus, non acceptis rationibus mandatum instauraverit: cum igitur ad officium procuratoris pertinuerit, quidquid ex prima negotiorum gestorum administratione debuit, ad secundam rationem transferre, secundi temporis causa priorem litem suscipiet.“

A hat den B beauftragt, während seiner Abwesenheit seine Geschäfte zu führen. Er kehrt zurück, und das Mandat ist erloschen: jedoch zu einer anderweiten längern Abwesenheit genöthigt, erneuert er dasselbe Mandat, ohne die Rechnungen für die Zeit seiner frühern Abwesenheit abgenommen zu haben. Judicio mandati ist alsdann der Mandatar gehalten, Rechenschaft für die erste und für die zweite Zeit seiner Verwaltung abzulegen, und man begreift nicht, wer wohl daran zweifeln mochte, dass mit der „secundi temporis causa,“ mit dem Prozesse aus dem zweiten Mandate, auch die Verfolgung der Ansprüche aus der Zeit des ersten Mandats verbunden werden könne.

„l. 56. pr. Qui mutuam pecuniam dari mandavit, omisso reo promittendi et pignoribus non distractis, eligi potest. Quod uti liceat, si literis exprimatur, distractis quoque pignoribus, ad eum creditor redire poterit: etenim quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, jus commune non laedunt.“

Wer Jemandem aufgetragen hat, einem Dritten Geld zu leihen, der kann ohne Weiteres auf die Bezahlung in Anspruch genommen werden. Selbst wenn der Empfänger Pfänder gegeben hat, braucht der zahlende Gläubiger nicht vorher zu versuchen, inwieweit er durch deren Verkauf seine Befriedigung erlangen könne. Auch wenn der Gläubiger zunächst den Em-

pfänger belangt und die Pfänder zu seiner Befriedigung verkauft hat, kann er den Mandator noch auf die fehlende Summe in Anspruch nehmen. Sobald nun, obschon es sich von selbst versteht, dennoch in einem solchen Falle um der entbehrlichen Deutlichkeit willen, bei Ertheilung des Mandats ausdrücklich festgestellt worden ist, der Gläubiger solle befugt sein, noch vor dem Verkauf der Pfänder an den Mamdator regrediren zu können, so ist dadurch das gemeinrechtliche Befugniss nicht ausgeschlossen, erst nach Verkauf der Pfänder wegen der fehlenden Summe an den Mandator zu regrediren.

„l. 60. pr. Creditor mandatorem convenit, is condemnatus, provocavit. Quaerendum est, an manente appellatione debitor a creditore conveniri potest? Respodi: posse.“

Diese Stelle bezieht sich ebenfalls auf die Wahl des Gläubigers, beliebig den Mandator oder den Erborger in Anspruch zu nehmen. Gesetzt, er hat den Mandator verklagt und dieser gegen die verurtheilende Sentenz appellirt: noch ehe die Appellation erledigt worden, kann er, wenn er so schneller zur Befriedigung zu gelangen hofft, den Erborger in Anspruch nehmen.

„l. 58. §. 1. Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit; deinde defuncto debitore, majore parte creditorum consentiente, a praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore, apud quem mandator exstiterat: Quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem, quam heres debitoris? Respondi: si praesens apud Praetorem ipse quoque consensit, pactus videtur justa ex causa: eaque exceptio et fidejussori danda esset, et mandatori. Sed cum proponas, eum afuisse, iniquum est auferre ei electionem sicut pignus, aut privilegium, qui potuit praesens id ipsum proclamare, nec desiderare decretum praetoris: nec enim, si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fidejussori, quibus mandati judicio eandem partem praestaturus est. Plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori fidejussorem convenire, dubitatum est? Sed videbitur consentire decreto, conveniendo heredem.“

Der Verfasser bekennt mit dem enim in der Stelle: „nec enim si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fidejussori, quibus mandati judicio eandem partem praestaturus est“ keinen Sinn verbinden zu können, der es rechtfertigte, dass die Stelle vermittelst dieses Wortes in Zusammenhang mit dem Vorhergehenden ist gesetzt worden. Die Schwierigkeit derselben scheint man schon bei Abfassung der Basiliken empfunden zu haben, wo man die Worte „nec enim — praestaturus est“ übergangen hat, so vollständig sich auch §. 1. cit. übrigens wiedergegeben findet. Zu bemerken ist vorläufig: dass die Majorität der Gläu-

biger ein für die Minorität verbindliches pactum remissorium mit den Erben des insolventen Nachlasses eingehen kann, dass jedoch diejenigen nicht mit einwilligenden Gläubiger, deren Forderungen durch Pfand oder gesetzliche Vorschrift eine ausgezeichnetere Sicherheit haben, durch die Einwilligung der Majorität keine Schmälerung dieses ihres besondern Rechtes erleiden.

Lucius Titius stirbt insolvent, nachdem er unter andern auch dem A schuldig geworden, dem er den B zum Mandator oder Bürgen gegeben hat. Unter Cognition des Prätors wird von der anwesenden Mehrzahl der Gläubiger ein Erlass von 50 p. C. verwilligt. A hat an dieser Verhandlung keinen Theil genommen. Allein da er weder Pfandgläubiger, noch sonst gesetzlich vor den übrigen Gläubigern gesichert ist, so hat seine rein persönliche Forderung gegen den Erben sich ebenfalls auf 50 p. C. reducirt. Es fragt sich aber, hat der Bürge, wenn A diesen auf Zahlung der vollen Summe in Anspruch nimmt, dieselbe Ausflucht, welche der Erbe dem A entgegenstellen könnte? Das Responsum fiel dahin aus: Wenn B bei dem Abschlusse des pacti remissorii persönlich concurrirt hätte, so würde der Bürge sich der Ausflucht bedienen können; denn alsdann hätte der Gläubiger ausdrücklich erklären sollen, dass er das Arrangement nicht verlange, weil er sich an den Bürgen zu halten gedenke. Wenn er diess zu erklären unterlässt, so liegt in dem Stillschweigen, während die Umstände die dringende Veranlassung zum Reden gaben, die Genehmigung, dass die Forderung zu 50 p.C. herabgesetzt sein soll, und die Verminderung der Hauptschuld kommt auch dem Bürgen zu Gute. Da aber der Gläubiger bei den Verhandlungen nicht concurrirt hat, so kann man ihm auch nicht das Recht entziehen, sich an den Mandator zu halten; denn so wenig die Majorität die Minorität zwingen kann, der Befriedigung mittelst des Pfandes und Vorzugsrechtes zu entsagen, eben so wenig kann Erstere die Letztere zwingen, der vollen Befriedigung zu entsagen, welche die Klage gegen den Mandator verspricht. Uebrigens gewinnt und verliehrt der Erbe nichts dabei, man mag nun dem Mandator die Ausflucht verstatten oder nicht. Es handelt sich bei dieser Frage nur um das Interesse des Mandator („nec .. si quis dixerit summovendum creditorem etc.“) Denn wie der Erbe dem Gläubiger nur 50 p.C. zu bezahlen braucht, so braucht er auch dem regredirenden Mandatar, der nichts als die persönliche Forderung hat, nur 50 p. C. zu bezahlen, da der Mandatar, sobald er als Gläubiger auftritt, ebenfalls das von der Mehrzahl eingegangene pactum remissorium gegen sich muss gelten lassen. Wenn dem Mandator die Ausflucht gegen den Gläubiger verstattet würde, der bei den Verhandlungen nicht concurrirte, und von dem also auch nicht angenommen werden kann, dass er sihc der Klage gegen den Mandator stillschweigend

begeben habe, so würde also bloss dem Mandator ein Dienst in der Maasse erwiesen, dass er nicht mehr zu zahlen brauchte, als er durch die Regressklage wieder bekommen kann. Dass der Gläubiger nachträglich das pactum remissorium genehmigt, wenn er den Erben in Anspruch nimmt, und darum, wenn er die 50 p. C. von dem Erben erhalten, nicht die fehlenden 50 p. C. von dem Mandator einklagen kann, bedarf keiner Rechtfertiguug.

„l. 59. §. 2. Paulus respondit, die adjecto in mandato, intra quem praestaturum se Lucius Titius scripsit, non esse impedimento, quo minus etiam post eum diem conveniri mandati judicio possit.“

Wer Jemanden beauftragt, eine Zahlung für ihn zu leisten, und dabei einen Tag benennt, wo er den Rembours, leisten werde, kann auch nach Verlauf dieses Tages auf den Rembours belangt werden.

„l. 59. §. 4. Creditor pignus vendidit: quaero, an si evicta sit possessio emptori, regressum creditor ad mandatorem habere possit? et an intersit, creditoris jure vendiderit, an communi jure promiserit? Paulus respondit: si creditor ex pretio pignorum debitum consecuturus non sit, mandatorem liberum non videri. Ex hoc responso apparet, si evictionis nomine non teneatur, proficere eam rem ad liberationem.“

Die Stelle giebt in den Worten „et an intersit, creditoris jure vendiderit an communi jure promiserit“ keinen Sinn, wenn man nicht das Komma hinter creditoris vor creditoris setzt. Die Stelle ist ohnstreitig von den Compilatoren mit einem Zusatze geziert worden. Sie enthält ein Responsum des Paulus, und schliesst mit einer Bemerkung über das, was consequenterweise aus diesem Responsum folge.

A, dem B Mandator geworden war, hat dem C geborgt. C hat dem A ein Pfand gegeben, und A das Pfand verkauft. Allein die Sache wird dem Käufer evincirt, der nun gegen den Verkäufer A regredirt. Kann nun A gegen den B, als den Mandator regrediren, gegen den B, der nicht das Eigenthumsrecht des C an dem Pfande garantirt hat, sondern nur, dass A das Darlehn von dem C wiedererhalten werde, was wenigstens zunächst vermittelst des Verkaufs der unterpfändlich übergebenen Sache geschehen ist, jedoch auf eine ex post durch den Evictionsanspruch vereitelte Weise? Macht es einen Unterschied für den A, (an intersit) dass er creditoris jure verkauft hat, oder hat er, wie in der Regel jeder andere Verkäufer, welcher de praestanda evictione Gewähr leistet, verkauft, ohne Regress an einen Mandator nehmen zu können? Paulus respondirte: Wenn der Gläubiger aus dem Verkaufe des Pfandes die Deckung nicht erlangt habe, so regredire er an den Mandator. Dieses Responsum ist dem Falle nicht völlich adaequat. Denn es handelte sich bei demselben nicht da-

Bayerische Staatsbibliothek München

von, dass der Gläubiger durch den Verkauf weniger als den Schuldbetrag erlangt hatte, sondern davon, dass er den Erlös um der Eviction willen wieder hatte hergeben müssen. Allein da man so gut wie nicht erhalten hat, was man wieder hergeben muss, so wollte Paulus damit augenscheinlich sagen: dass der Mandator unter solchen Umständen nicht liberirt sei. Kaum aber war es nöthig darauf aufmerksam zu machen, dass der Mandator durch den gelösten Kaufpreis liberirt werde, wenn der Gläubiger ohne Gewährsübernahme verkauft haben und darum keine Eviction gegen ihn statt finden, ihm vielmehr der Erlös unbedingt verbleiben sollte.

„l. 60. §. 3. Sic inter maritum et socerum id actum esset vel tacito intellectu, ut onus exhibendae uxoris ad maritum rediret, praestante patre dotis usuras, nullam actionem superfore ad recipiendum, quod negetur consumptum: quod si pater puellae exhibitionem mandasse se doceat, actionem mandati competere."

Schwiegervater und Schwiegersohn sind darüber einverstanden, dass Letzterer zwar die Ehefrau unterhalten, jedoch nicht die von Ersterem ihm versprochene Mitgift, sondern statt dessen deren Verzinsung bekommen solle. Der Vater darf nicht die gezahlten Zinsen zurückfordern, insoweit er im Stande sein sollte, nachzuweisen, dass dieselben nicht auf der Tochter Unterhaltung verwendet worden. Gesetzt aber, ein Vater hatte dem Schwiegersohne aufgetragen (mandavit), für seine Tochter, die Ehefrau des Letzteren, den nöthigen Unterhaltungsaufwand zu bestreiten: alsdann ist ausgesprochen, dass dieser Aufwand auf Rechnung des Vaters gehen solle, und der Schwiegersohn kann von dem Schwiegervater die Erstattung actione mandati fordern.

Cap. 7.

Zu dem Titel mandati vel contra des Codex (IV. 35.)

In Verbindung mit den Fragmenten des Pandectentitels sind bereits sämmtliche Stellen des einschlagenden Titels der Institutionen citirt worden. Also darf man in Hinsicht dieser sich hier auf die negative Bemerkung beschränken, dass der Titel de mandato in den Institutionen auch in seinem Zusammenhange kein Resultat giebt, wodurch die Erläuterung des Titels der Pandecten an Klarheit oder Vollständigkeit gewänne. Der Codex enthält, l. 22. und 23. ausgenommen, (von welchen in einem andern Zusammenhange wird zu handeln sein) keinen einzigen Satz, der nicht gleich unbeschadet der Theorie wie der Praxis hätte ungeschrieben bleiben können.

l. 1. ist bereits S. 29. citirt worden, in Beziehung auf die Unentgeldlichkeit, mit welcher der Mandatar das übernommene Geschäft auszuführen habe. Ausserdem steht darinne nichts, als, was sich bereits vielfach in den Pandecten angewendet findet, dass der Mandant des Mandatars Auslagen, und zwar mit Zinsen, fordern könne.

l. 17. *) ist ganz müssig durch l. 56. §. 3. des Pandectentitels. (s. S. 28.)

l. 6. **) Von dem hier enthaltenen Beispiele eines stillschweigend gegebenen Auftrags gilt im Vergleich mit l. 6. §. 2. dasselbe (s. S. 8.)

Dass es ein Mandat ist, wenn ich auf Jemandes hiezu gegebene Anweisung einem Dritten Geld borge, dass ich gegen den Erborger die Schuldklage und gegen den Mandanten die Mandatsklage habe, ist ebenfalls nichts weniger als etwas Neues. cfr. l. 7. ***)

*) Salarium incertae pollicitationis peti non potest.

**) Si fidejussor pro reo patiente fidem suam adstrinxerit, mandati cum eo post exsolutam pecuniam, vel factam condemnationem, post actionem exercere.

***) Si literas ejus secutus, qui pecuniae actor fuerit, ei, qui tibi literas tradidit, pecunias credidisti: tam condictio adversus eum, qui a te mutuam sumpsit pecuniam, quam adversus eum, cujus mandatum secutus es, mandati actio tibi competit.

Ebensowenig lässt es sich bezweifeln, dass es ein Mandat sei, wenn ich von zwei Personen angewiesen worden bin, auf deren Rechnung einem derselben meine Pferde zu übergeben, ich mag nun diese Pferde mir gekauft, oder von meinem Schuldner an Zahlungsstatt übernommen haben. *)

l. 19. enthält nur die Anwendung von Cp. 3. num. 6.

l. 5. 9. 11. 13. 16. und 21. enthalten in der Anwendung auf ganz triviale Fälle die einfachsten Grundsätze über die Verbindlichkeiten des Mandatars, zu thun, was ihm aufgetragen worden, des Mandanten Interesse nicht zu verletzen, weder „faciendo,“ noch „omittendo“ für „dolus“ und „culpa“ einzustehen, das „id quod interest“ zu leisten, wenn er das Mandat auszuführen verabsäumt hat, welches auszuführen er vollständigen Fleiss anzuwenden hat. **)

l. 10. ***) enthält in den Schlussworten die Anwendung des Satzes, dass der Mandatar das übernommene Geschäft mit Sorgfalt auszuführen habe. Im Uebrigen erfahren wir aus der Stelle nicht mehr und nicht weniger, als aus l. 38. §. 1. sq.

l. 4. ist die Bestätigung der S. 63. ausgeführten Wahrheit, dass der Mandant dem Mandatar den von diesem bestrittenen Aufwand zu vergüten habe, auch wenn das Geschäft

*) l. 14. Si secundum mandatum Triphonis et Felicis equos tua pecunia comparatos, vel in solutum a proprio debitore tibi traditos, uni de his utriusque voluntate dedisti: ad parendum placitis eos mandati judicio conventos bona fides urget.

**) l. 5. Si maritus sororis tuae tibi procurans petere bonorum possessionem noluerit, cum ipso tibi congrediendum est: quam querelam ita cum effectu habes, si mandasse te, ut peteretur bonorum possessio eumque neglexisse arguas.

l. 9. Cum per procuratorem causam tuam laesam esse dicas, mandati actio adversus eum tibi competit.

l. 11. Procuratorem non tantum pro his, quae gessit, sed etiam pro his, quae gerenda suscepit, et tam propter exactam ex mandato pecuniam, quam non exactam, tam dolum, quam culpam sumptuum ratione bona fide habita, praestare necesse est.

l. 13. A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur.

l. 16. Ad comparandas merces data pecunia, qui mandatum suscepit fide rupta, quanti interest mandatoris tenetur.

l. 21. In re mandata non pecuniae solum, cujus est certissimum mandati judicium, verumetiam existimationis periculum est. Nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vero negotia exacto officio geruntur: nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.

***) Si pro ea contra quam supplicas, fidejussor seu mandator intercessisti; et neque condemnatus es, neque bona (sua) eam dilapidare (postea) coepisse comprobare possis, ut (tibi) justam metuendi causam praebeat; neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis et ante solutionem convenire: nulla juris ratione, antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgeri certum est. Fidejussorem vero seu mandatorem exceptione munitum; et injuria Judicis damnatum, et appellatione contra bonam fidem minime usum, non posse mandati agere manifestum est.

nicht zur Ausführung gebracht worden, sobald nur dem Mandatar desshalb weder dolus noch culpa zur Last fällt. *)

l. 15. Ueber den hier ausgesprochenen Satz: „mandatum re integra domini morte finitum“ s. S. 80.

l. 12. **) In Betreff des „dominium auferre“ s. S. 74. Der von einem Mandatar bewirkte Verkauf hob nicht sofort des Verkäufers Eigenthumsrecht auf, sondern gab dem Käufer eine, dasselbe elidirende, Exception.

l. 3. ***) ist höchst trivial. Es versteht sich, dass der Auftraggeber durch das Mandat sich nicht der Zuständigkeit beraubt, des Mandates ungeachtet, beliebig selbst zu thun, was er einem Andern aufgetragen hatte.

l. 18. †) wiederholt, dass, wer mit seinem Credite für einen Andern eingetreten ist und für denselben gezahlt hat, das Gezahlte nebst Verzugszinsen zurückfordern darf.

l. 2. ††) Hier sind die Worte „pignora in obligationem deducta potes consequi“ nicht deutlich. Die Glosse schwankt zwischen vier verschiedenen Interpretationen. Die richtige ist unstreitig die, welche von der Annahme ausgeht, dass von Pfändern oder vielmehr von Hypotheken die Rede ist, welche der Hauptschuldner dem Bürgen bestellt hatte, um Letzteren sicherer zu stellen, als es die blosse actio mandati vermochte. Das vorausgeschikt, belehrt uns die Stelle, dass nicht nur der Bürge, sondern auch dessen Erbe actionem mandati gegen den Hauptgläubiger auf Erstattung des für Letzteren Gezahlten oder auch die hypothekarische Klage anstellen könne, wenn dem Bürgen Hypothek von dem Hauptschuldner bestellt worden.

*) Etiam si contrariam sententiam reportaverunt, qui te ad exercendas causas appellationis procuratorem constituerunt; si tamen nihil culpa tua factum est, sumtus, quos in litem probabili ratione feceras, contraria mandati actione petere potes.

**) Cum mandati negotii contractum certam accepisse legem adseveres: eam integram secundum bonam fidem custodiri convenit. Unde si contra mandati tenorem procurator tuus ad te pertinentem fundum vendidit, nec venditionem postea ratam habuisti, dominium tibi auferre non potuit.

***) Si pater tuus tibi sui juris constituto actionem adversus debitores suos mandavit, potuit et ipse praesens adversus eos re integra experiri. Si quid itaque ab eo apud judicem actum est, rescindi nulla ratio patitur.

†) Post solutionem a se factam, qui dari mutuo mandavit, ab eo, pro quo intercessit, vel successoribus ejus, quod solutum est etiam cum usuris post moram recte postulat.

††) Quum ex causa fidejussionis pecuniam patrem tuum exsolvisse proponas, habes mandati actionem qua non solum pecuniam, sed etiam pignora in obligationem deducta potes consequi.

Ganz ähnliche Bewandniss hat es mit l. 8. *), wo dem Sclaven eines Hausherrn in des Letztern Auftrag war Geld geborgt, und von dem Sclaven auf des Herrn Befehl dem Gläubiger eine Hypothek bestellt worden. Der Hausherr stirbt und hinterlässt Unmündige. Wenn nach dessen Tode die Zahlung nicht erfolgt, so kann der Gläubiger gegen die unmündigen Erben die hypothekarische Klage anstellen.

l. 20. **) Der Procurator, welcher „mandatum gratuitum" gehabt hat, kann verlangen, seine angemessenen Auslagen erstattet zu bekommen, wogegen er kein Recht hat, die bedungene „quota litis" zu fordern.

*) Si tibi pupillorum pater, ut pecuniam in rem suam servis ejus crederes, mandavit, et in hanc rem aeque ipso praecipiente pignora sunt obligata, et mandati actione pupillos post mortem patris convenire, et exsequi jus obligationis pignorum poteris, si in solutione cessabitur.

**) l. 20. Si contra licitum, litis incertum redemisti: interdictae conventionis tibi fidem impleri frustra petis. §. 1. Quod si gratuitum mandatum suscepisti, secundum bonam fidem sumtus recte postulas.

Cap. 8.

Neuere Gesetzgebungen. *)

(C. N. liv. III. tit. XIII. Chap. I—IV. Art. 1984—2010. — Allg. bürgerl. Gsb. f. d. Deutsch Erbländer d. Oestr. Monarchie II. Thl. 22. Hauptstück. §. 1002 — 1026. Pr. Lndr. Th. I. B. II. Tit. 13. §. 5 — 227.)

§. 1. a.

Zu Capitel 1.

Die bemerkten drei Gesetzgebungen behandeln das Mandat als einen Contract, wodurch der Mandatar zum alter ego des Mandanten wird und also durch des Mandatar Geschäftsführung unmittelbar für den Mandanten im Verhältniss zu dritten Personen Rechte und Verbindlichkeiten erzeugt werden. (M. s. weiter unten §. 5.) C. N. art. 1984. „Le mandat ou procuration est un acte, par lequel une personne donne

*) Der Leser rufe sich hier in das Gedächtniss zurück, was in der Einleitung umständlicher motivirt worden ist, dass nur mit möglichster Kürze der Inhalt derjenigen neuern Legislationen behandelt werden soll, auf welche der Verfasser sein Werk zu erstrecken beschlossen hat. Ganz von selbst wird sich die Methode im Wesentlichen und Hauptsächlichen nach der dreifachen Frage bestimmen:

inwiefern sind die Sätze des Römischen Rechts wiederholt?
inwiefern sind sie abgeändert worden?
inwiefern sind nicht bloss Abänderungen, sondern auch Zusätze hinzugekommen?

Nur der C. N. und das allg. bürgerl. Gsb. eignen sich zu einer durchgehend vergleichenden Zusammenstellung mit den, nach Abstractionen aus dem Römischen Rechte von dem Verfasser aufgestellten Sätzen. Die gehäufte Casuistik des Pr. Lndr. verbietet hier, dasselbe erschöpfend zu wiederholen. Es springt von selbst in die Augen, dass die durchgeführte Angabe seines Inhalts über die mindest engen räumlichen Beschränkungen hinausgehen würde. Der C. N. ist meistens vorangestellt worden, weil er sich genauer noch als das allg. bürgerl. Gsb. den Römischen Rechtssätzen anschliesst.

à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom."

Ebenso §. 1002. des allg. bürgerl. Gsb. In gleichem Sinne §§. 33, 85, 118, 153. des Pr. Lndr.

Damit ist aber keineswegs gemeint, dass in den Gerichtshöfen der drei Reiche, wo nach einem von jenen Gesetzbüchern Recht gesprochen wird, es schlechterdings für kein Mandat, auch nicht in Beziehung des Mandanten zum Mandatar, angesehen werden würde, wenn Letzterem ausdrücklich wäre aufgegeben worden, das Geschäft in eigenem Namen auszuführen, und der Mandant nicht genannt worden wäre. Dies würde nur die Wirkung haben, dass alsdann eben so wie in dem Römischen Rechte keine Klagerechte zwischen dem Mandanten und dritten Personen einträten.

Indirect spricht diess aus art. 1997. C. N. „Le Mandataire, qui a donné à la partie, avec laquelle il contracte en cette qualité, une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie, pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est pas personnellement soumis." (Man vergl. *Zachariä Hndb. d. Fr. Civilr. B. II.* §. 346. *pag.* 422.) Und in dem Oestreichischen Rechte ist vorgeschrieben, dass der Dritte keine Rechte gegen den Mandanten erwerben solle, sobald der Mandatar ohne offene Vollmacht, sondern nur in geheimer Vollmacht und in den Grenzen derselben gehandelt hat. (§. 1017.) Ebenso kann nach Pr. Lndr. §§. 154. und 155. der Dritte in der Regel nur von dem Mandatar die Erfüllung fordern, wenn Letzterer in eignem Namen contrahirt hat.

Da es nun nicht zu rechtfertigen ist, wenn in eine Definition ein Kennzeichen aufgenommen wird, welches nicht wesentlich ist für Realisirung des Begriffs, so hätte man besser den Begriff bestimmen sollen, wie er Cap. 1. aufgestellt worden, und hiermit die positive Vorschrift verbinden, dass unmittelbar zwischen dem Mandanten und den dritten Personen Rechte und Verbindlichkeiten begründet werden in allen Fällen, wo der Mandatar in Gemässheit offener Vollmacht gehandelt hatte.

Wie das Französische Recht beschränkt das Preussische Recht am angeführten Orte das Mandat auf Uebernahme einer Geschäftsführung für den Mandanten. Die Kritik dieser Ansicht ergiebt sich aus dem, was S. 3. ff. gesagt worden. Das allg. bürgerl. Gesetzb. a. a. O. („der Vertrag, wodurch Jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des Andern zur Besorgung übernimmt, heisst Bevollmächtigungsvertrag") stellt diess als kein wesentliches Kennzeichen auf, und laut des Herrn *Fr. Edlen von Zeiller Commentare B. III. S.* 270. wird hieraus in Uebereinstimmung mit dem Römischen Rechte (m. vrgl. S. 3.) gefolgert, dass ein Mandat auch in des Mandatars eignem Interesse ertheilt werden könne.

Eine eigenthümliche Bestimmung in Hinsicht des Mandates „in rem alienam" enthält §. 1019. des a. b. Gesetzbuches. „Wenn der Machthaber den Auftrag, einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, erhalten und angenommen hat, so erlangt der Dritte, so bald er von dem Machtgeber oder Machthaber davon benachrichtigt worden ist, das Recht, gegen den Einen oder den Andern Klage zu führen."

Den aus dem Begriffe des Consensual-Contractes sich ergebenden Folgesatz (m. vgl. S. 7. ff.): ein Mandat entsteht in jeder Form gegenseitiger Willensübereinstimmung, (sowohl schriftlicher als mündlicher), und auf Seiten des Mandatars stillschweigend auch dadurch eintretender, dass er mit Ausführung des Mandats den Anfang macht (m. vgl. S. 12.), sprechen positiv aus art. 1985. des C. N. und §. 1005. des alg. Gesetzb., wobei, wie es scheint, man die Möglichkeit nicht berücksichtigt, dass ein Mandat nicht bloss stillschweigend angenommen, sondern auch ertheilt werden könne. *)

Was sich aus dem Begriffe des Mandats insofern ergiebt,

*) Art. 1985. etc. Le mandat peut aussi être donné verbalement, mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre des contracts ou des obligations conventionelles en général.

Diess bezieht sich auf eine prozessrechtliche Vorschrift. Sobald eine Summe von mehr als 150 Fr. den Streitgegenstand ausmacht, kann der Klagegrund nicht durch Zeugen bewiesen werden, selbst dann nicht, wenn der Kläger entweder die angeblich höhere Forderung auf so viel herabzusezzen oder 150 Fr. als den behaupteten Rest einer höhern Summe fordern sollte. (art. 1341, 1343, 1344.)

Eben so liegt ausserhalb der Lehre vom Mandate die art. 1990. gegebene Vorschrift, dass, wenn Frauen und emancipirte Minderjährige zu Mandataren bestellt werden, in solchen Fällen die Verbindlichkeiten der letzteren und der nicht verheiratheten Frauen nach den besondern Grundsätzen zu beurtheilen sind, die für die Verbindlichkeiten solcher Personen überhaupt gelten.

Das Pr. Lndr. §§. 129–139. erkennt stillschweigend ertheilte Vollmachten an, sucht aber auch hier das Urtheil des Richters durch eine Casuistik zu normiren, die mehr schädlich als sichernd sein dürfte. Z. B. nicht der Inhaber eines fremden Schuldscheines, wohl aber, wer die Quittung über eine zu zahlende Summe in der Hand hat, soll zu deren Empfangnahme ermächtigt sein. Wie leicht kann aber der Fall vorkommen, dass man Jemandem eine Quittung anvertraut, bei dem man sein Geld nicht würde gesichert glauben. Man nehme den Fall. A hat nach Ablauf einer gewissen Zeit ein Capital von 10,000 Thlr. zu erheben. Zu der Quittung gehören Legitimationen, welche er sich nur mit grossem Kostenaufwande zu verschaffen gewusst, die vielleicht gar nicht wieder erreichbar wären. Er verreist und giebt die Quittung mit den Belegen, die unter solchen Umständen selbst 10,000 Thlr. — werth sind, dem B aufzuheben. Die Documente kann er unter dessen Verschlusse sicher glauben, ohne dass ihm darum auch 10,000 Thlr. — bei B genugsam verwahrt scheinen.

Eben so ergeht sich das Pr. Lndr. §§. 119—128. in einer umständlichen Casuistik über sogenannte präsumtive Vollmachten.

Hieher gehört auch §. 147. ebend. Wenn Jemand einen Andern, dem er keine Vollmacht gegeben, gegen einen Dritten als Bevollmächtigten prädicirt hat, so wird er durch dessen Handlungen dem Dritten verbunden. —

als es überhaupt nicht schlechterdings mit demselben unvereinbar ist, nämlich dass ein Mandat generell, ohne Beschränkung auf gewisse Angelegenheiten des Mandanten, oder auch mehr oder weniger speciell, in Beziehung auf gewisse Angelegenheiten oder nur eine einzige ertheilt werden könne, diess enthält art. 1987 des C. N. und §. 1006. des allgem. bürgerl. Gesetzb.; Letzteres mit dem Zusatze, dass die besondern (nicht auf alle, sondern nur einzelnen Geschäfte des Mandanten sich beziehenden) Vollmachten bloss für gerichtliche, oder bloss für aussergerichtliche oder auch für einzelne Geschäfte der einen oder andern Gattung gegeben werden können. Eine rein positiv rechtliche Vorschrift ist es (art. 1988. C. N.), dass ein Mandat, sei es ein generelles oder specielles, nur zu Acten der Verwaltung — Administration — berechtigt; zu Veräusserungen und Verpfändungen und andern, dem Eigenthümer allein zukommenden, Handlungen — actes de propriété — nur in der Voraussetzung, dass diess ausdrücklich bei Ertheilung des Mandates gesagt worden. Ebenso allg. bürgerl. Gsb. §. 1008. In vielen Fällen möchte es ungemein schwierig sein, zu bestimmen, wo die actes d'administration aufhören und die actes de propriété beginnen. Verpachtungen und Vermiethungen auf nicht länger als 9 Jahre hält *Zachariä B. II.* §. 343. *S.* 416. *a. a. O.* für einen acte d'administration, weil nach art. 1429. und 1718. die Ehefrau und deren Erben von dem Ehemanne, in Betreff der ehelichen Güter auf solange eingegangene Locationen und Relocationen anzuerkennen haben, wenn auch immittelst die eheliche Gütergemeinschaft aufhören sollte.

§. 1. b.

Fortsetzung zu Capitel 1.

Da der Mandatar nur das Organ ist, wodurch der Mandant Rechte und Verbindlichkeiten erwerben soll, so ist es für den Dritten von höchster Wichtigkeit, den Umfang des, dem Mandatar ertheilten, Auftrags genau zu kennen und vielfache Vorschriften finden sich darüber, welche Form zur Gültigkeit einer Vollmacht erforderlich, in welcher Ausdehnung eine Vollmacht zu verstehen sei, welche einzelne Geschäfte nicht erwähnt, die dem allgemeinen Inhalte der Vollmacht nach darunter begriffen scheinen könnten. Am kürzesten fasst sich hier der C. N. Ausser dem, was art. 1989. enthält (s. oben), schreibt er nur vor, dass die Vollmacht zu Eingehung eines Vergleichs nicht die Ermächtigung ertheile, einen Vergleich mittelbar durch Compromiss auf schiedsrichterlichen Ausspruch einzugehen. (Ebenso allg. bürgerl. Gsb. §. 1008. und Pr. Lndr. §. 101.) Dieser Satz ist nur die Anwendung des höher liegenden Satzes, dass der Mandatar die Grenzen des Mandats nicht überschreiten dürfe. Weiter geht das Oestrei-

chische Recht. Es theilt unter §. 1007. die Vollmachten in solche mit unbeschränkter oder mit beschränkter Freiheit, von welchen erstere den Gewalthaber ermächtigen, das Geschäft nach seinem besten Wissen und Willen auszuführen, wogegen letztere ihm vorschreiben die Grenzen, wie weit, und die Art, wie er dasselbe betreiben solle, wobei §. 1008. die Gattungen der Geschäfte aufführt, welche speciell in der Vollmacht ausgedrückt sein müssen. Aber auch hierbei bleibt es nicht stehen, sondern schreibt ausserdem noch vor, dass bei gewissen Gattungen von Geschäften diejenigen, welche der Mandatar vollziehen dürfe, einzeln ausgedrückt werden sollen. Z. B. es kann Jemand zum Veräussern legitimirt sein und er ist es nicht zum Schenken. Legitimirt zur Schenkung ist nur Derjenige, welcher ganz besonders für eine eben von ihm zu unternehmende Schenkung Auftrag erhalten hat. Andererseits soll Derjenige, welcher eine beschränkte Vollmacht hat, demohngeachtet berechtigt sein, alle Mittel anzuwenden, die mit der Natur des Geschäfts nothwendig verbunden oder der erklärten Absicht des Machtgebers gemäss sind. Die Schwierigkeit, letzteren Satz richtig anzuwenden, erkennt an *v. Zeiler a. a. O.* §. 1009. *S.* 281. *Not.* 3.

Die Vorschriften über Special-Vollmachten erfüllen im Pr. Lndr. §§. 99—109; die darauf folgenden, über deren Form, erfüllen die §§. 110—117, nachdem §§. 90—97. auseinander gesetzt worden, wie der Mandatar sich gegen dritte Personen zu legitimiren habe, wobei §§. 140—141. vorgeschrieben wird, was der Mandatar thun solle, damit der Dritte gegen den Mandanten nachweisen könne, dass er mit einem legitimirten Mandatar contrahirt.

§. 2.

Zu Capitel 2.

Zu Num. 1. Fast wörtlich ebenso im C. N. art. 1986: „Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire."

Ebenso §. 1004. allg. bürgerl. Gsb. Art. 1992. knüpft der C. N. hieran die Folge, dass der unbezahlte Mandatar wegen culposen Verfahrens minder streng — „moins rigoureusement" — als der Bezahlte solle beurtheilt werden.

Zu Num. 3. Nach dem allg. bürgerl. Gsb. kann ebenfalls stillschweigend eine Belohnung bedungen werden, nach Maassgabe des Standes, dem der Mandatar angehört. *) Das Pr. Landr. schreibt Dasselbe vor §. 74—79., mit dem Zusatze, dass, wenn nicht durch Gesetz oder Uebereinkommen bestimmt worden, wie gross des gewerbtreibenden Mandatars Beloh-

*) Ausserdem ist der Machthaber nicht ermächtigt, auf Belohnungen Anspruch zu machen, und Geschenke, die er von einem Dritten annimmt, werden zur Armencasse gezogen. (§. 1013.)

nung sein solle, hierüber das richterliche Ermessen zu bestimmen habe.

§. 3.

Zu Capitel 3.

Statt der Sätze unter 1—5. Cap. 3. sagt der C. N. art. 1991—1993. Folgendes. „Für die Dauer seines Auftrags“ (diess dürfte müssig sein und sich von selbst verstehen; denn mit Ende des Auftrags hört offenbar die Verbindlichkeit auf) „ist der Mandatar denselben zu vollziehen gehalten und haftet für die, aus der Unterlassung entstehenden, Schäden — „dommages intérêts.“ *) —

„Verantwortlich ist er für Schäden, sowohl für solche, die er durch bösliche Absicht, als auch für solche, die er durch Fahrlässigkeit verursacht **) und er muss Rechnung ***) von seiner Geschäftsführung ablegen,“ (Ebenso §. 1012. allg. bürgerl. Gsb.) „in welche er aufzunehmen hat, was er in Gemässheit der Geschäftsführung eingenommen, abgesehen davon, ob das Eingenommene von dem Mandatar hätte gefordert werden können oder nicht.“ †) Ebenso §. 62. Pr. Lndr.

*) Das allg. bürgerl. Gsb. §. 1009. sagt, das Geschäft sei von dem Gewalthaber „seinem Versprechen und der erhaltenen Vollmacht gemäss emsig und redlich zu besorgen.“ (Ersteres bezieht sich auf den Fall, wo der Mandatar den Auftrag nur mit Modificationen übernommen.) „Ueberschreitet er aber die Grenzen der Vollmacht, so haftet er für die Folgen [Ebenso §. 49. und 50. des Pr. Lndr. wie denn überhaupt — §. 53. — Ausdehnungen und Einschränkungen der Vollmacht, welche nach der Natur des Geschäftes oder nach der bekannten Absicht des Machtgebers nothwendig sind, nicht als unerlaubte Abweichungen von der gegebenen Vorschrift angesehen werden.] — und also auch, nach §. 1010, wenn er unbefugterweise substituirt hat, als wozu befugt er nur dann ist, wenn es ihm ausdrücklich verstattet worden, oder die Natur des Geschäfts (§. 1009.) die Substitution als eine Nothwendigkeit gebietet, z. B. wenn ein Nichtjurist zur Einklagung aussenstehender Forderungen beauftragt wird. Im Wesentlichen ebenso Pr. Lndr. §§. 38. 46. 47.

**) §§. 54—59. Das Pr. Lndr. schliesst sich hier offenbar mehr den üblich gewordenen Unterscheidungen von „culpa lata', levis (in concreto und abstracto) und levissima“ an. Für die „levis in concreto,“ die „diligentia, quam quis in suis rebus adhibet,“ haftet man in der Regel; für die „levissima“ der als ein Sach- oder Kunstverständiger Beauftragte, für die „levis in abstracto“ der bezahlte Mandatar und der, dessen Verschuldung ihrem Grade nach nicht ausgemittelt werden kann.

***) Manche übertragene Geschäfte sind von der Art, dass eine besondere Rechnungsführung gar nicht die Basis sein kann, nach welcher die daraus resultirenden Verbindlichkeiten zu beurtheilen sind. Bei andern versteht sich diess von selbst. Man denke z. B. an den Fall, wo ein Handlungshaus auf seine Kosten einen Reisenden schickt, Schulden bei auswärtigen Debitoren einzuklagen. §. 62. Pr. Lndr. verpflichtet zur Rechnungsablegung nach vollendetem Geschäfte.

†) Das allg. bürgerl. Gsb. §. 1009. „Er muss dem Machtgeber allen, aus dem Geschäfte entspringenden Nutzen überlassen.“ Dem Urtheile des Lesers muss man es überlassen, ob der C. N., dem im Wesentlichen dieselben An-

Die Bestimmung unter Num. 5. a. und b., ein bloss consecutiver Satz, musste natürlich in Wegfall kommen, nachdem der Vordersatz: die Beschränkung aller Rechte und Verbindlichkeiten auf der Contrahenten Person in Wegfall gekommen war.

Zu Num. 6. Dieselbe Bestimmung, nur nicht die damit verbundene Ausnahme, enthält art. 1996. „Le mandataire doit l'intérèt des sommes, qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi; et de celles dont il est relinquataire“ (in Ansehung derer er mit der Zahlung in Rest geblieben) „à compter du jour, qu'il est mis en demeure.“

Zu Num. 7. Das Französische Recht hat nicht unrecht gethan, keine, diesem Satze analoge, Bestimmung auszusprechen, da nach allgemeinen Grundsätzen jede, an einen Contract, seiner Natur nach, sich bindende Folge, durch der Contrahenten besondere Uebereinkunft modificirt, ja sogar das Gegentheil davon festgesetzt werden kann, sobald nur noch im Hauptsächlichen die Kennzeichen des Geschäftes vorhanden bleiben.

Zu Num. 8. Art. 2007. C. N. stellt dem Mandatar die Zurückgabe des Mandats unter der Voraussetzung frei, dass er sie dem Mandanten anzeige. Die Verbindlichkeit, denjenigen Schaden zu ersetzen, welcher durch die unterlassene Anzeige des aufgegebenen Mandates entstehet, durfte als die blosse Anwendung jenes Ausspruches übergangen werden.

Zu Num. 9. Der C. N. enthält das Gegentheil. Ohne (ausdrückliche oder stillschweigende — m. vgl. art. 1985.—) Annahme des Mandats von Seiten Desjenigen, an den es gerichtet worden, wird Letzterer zu schlechterdings nichts verbunden. Art. 1984. „Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.“ Auch das allg. bürgerl. Gsb. macht nur ausnahmsweise die Aufforderung, welche Jemand an einen Andern richtet, für ihn ein Geschäft zu vollziehen, zu einem Grunde der Verbindlichkeit. Denn es sind nach demselben (§. 1003.) Personen, welche zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt worden, verpflichtet, über deren Annahme oder Verweigerung sich ungesäumt zu erklären und widrigenfalls für den dadurch verursachten Nachtheil zu haften.

Das Pr. Lndr. §§. 6. 13 — 16. macht es zu einem Act stillschweigender Mandatsannahme, wenn

a) zu Besorgung gewisser Angelegenheiten öffentlich bestellte Personen,

sichten zu Grunde liegen, die den Sätzen unter Num. 1—5. zur Basis dienen, der Vorzug vor eben diesen Sätzen gebühre. Es wird diess von Beantwortung der Frage abhängen, ob die Motiven, welche der Verfasser in dem Römischen Rechte vorliegend fand, richtig behandelt worden sind.

b) Personen, deren Gewerbe darin besteht, gewisse Aufträge gegen Belohnung zu übernehmen nicht ungesäumt, (was nach tit. 5. §. 90. sqq. zu bestimmen) sich über Annahme oder Zurückweisung des Mandats erklärt haben. Auch ist letztere den Personen der Gattung unter a. nur aus erheblichen Ursachen freigestellt.

Zu Num. 10. Die entgegengesetzte Vorschrift enthält art. 1995. des C. N. „Quand il y a plusieurs fondés de pouvoir ou mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux, qu'autant qu'elle est exprimée. *)

Ebenso das allgem. bürgerl. Gsb. Für das mit solidarité Bezeichnete sagt es §. 1011.: „Es ist die Mitwirkung Aller zur Gültigkeit des Geschäfts und Verpflichtung des Machtgebers nothwendig." —

Pr. Lndr. §. 201—209. Wenn mehrere Bevollmächtigte ein Geschäft gemeinschaftlich übernommen haben, so wird ein Jeder derselben dem Machtgeber zur Vollziehung auf das Ganze verpflichtet. Rechte kann der Mandant durch die Handlungen eines Einzigen unter ihnen erwerben: nur alle mit einander können ihn verbindlich machen.

Die detaillirte Ausführung muss übergangen werden.

§. 4.
Zu Capitel 4.

Zu Num. 1. Der C. N. enthält keine, den Bestimmungen unter a. und b. entsprechenden Sätze; was den Satz unter b. anlangt: unstreitig, weil ohnehin der Gewalthaber für seine Person gegen Dritte eben so wenig verbunden, als berechtigt werden soll, was jedoch entschiednerweise in allen Fällen wegfällt, wo er in geheim gehaltener Vollmacht gehandelt, überhaupt, wenn er sich in eigenem Namen hinsichtlich des Machtgebers Angelegenheiten obligat gemacht hat. Alsdann hat auch nach französischem Rechte der Mandant (m. vrgl. *Zachariä am angef. O. pag.* 421. §. 345. *Not.* 1.) entweder die Schulden mit des Gläubigers Genehmigung zu übernehmen, oder dieselben zu bezahlen. **)

*) In den Parallelstellen des Römischen Rechts, welche der Erhardschen Uebersetzung beigefügt sind, werden pag. 540. Not. 3. l. 59. §. 3. und l. 60. §. 2. mandati als Stellen citirt, welche die Vorschrift des Französischen Rechts als conform dem Römischen nachweisen sollen. Mit wieviel Recht oder vielmehr Unrecht, ergiebt sich aus der, von dem Verfasser gegebenen Erklärung dieser Stellen. Ebenfalls wird aber hier citirt nov. 99. cap. 1. und auth. „hoc ita" C. de duobus reis stipulandi Stellen, welche nur von einer, von mehrern Personen für dieselbe Forderung übernommenen, Bürgschaft handeln.

**) Pr. Lndr. §. 82. Der Machtgeber ist schuldig, den Bevollmächtigten von allen Verbindlichkeiten, welche derselbe bei Ausrichtung des Geschäfts gegen Andere übernommen hat, zu befreien §. 83. Der Bevollmäch-

Das allgemeine bürgerl. Gsb. §. 1014. verbindet zu angemessenem Vorschuss für Bestreitung der baaren Auslagen.

Zu Num. 2. Dasselbe spricht aus art. 1999. d. C. N. *)

Der Verfasser glaubt mit wenigen Worten die verschiedene Fassung rechtfertigen zu müssen, welche er dem Satze unter Num. 2. gegeben. Denn da, wo er und der C. N. dasselbe sagen, scheinbar aber, zufolge der abweichenden Art des Ausdrucks etwas materiell Verschiedenes, da hält er sich zu einer solchen Rechtfertigung verpflichtet, weil vor allen in scharfer Bezeichnung des Gedachten der C. N. ihm musterhaft scheint. — Dafern der Mandatar den von ihm, in seiner Eigenschaft als Mandatar bestrittenen, Aufwand muss erstattet bekommen, sobald ihm nur, weder hinsichtlich der Verwendung überhaupt, noch hinsichtlich der Höhe deren Betrags kein Verschulden zur Last fällt, so folgt daraus, dass nichts darauf ankommen kann, ob das Geschäft vollführt worden, ob der Mandant selbst den beabsichtigten Zweck der Verwendung mit andern Summen hätte erreichen können. Die nach Römischem Rechte bestehende Verbindlichkeit der Bezahlung des versprochenen Salars durfte der Verfasser übergehen, weil sie nach dem Geiste eben dieses Rechts ausserhalb der Grundsätze vom Mandate liegt **).

Das allgem. bürgerl. Gsb. §. 1014.: „Selbst bei fehlgeschlagenem Erfolge den zu Besorgung des Geschäfts nothwendig oder nützlich gemachten Aufwand zu erstatten.“ Im Wesentlichen ebenso §. 69. des Pr. Lndr.

tigte hat dessbalb, so wie wegen seiner Auslagen und zu fordern habender Belohnungen ein Zurückbehaltungsrecht in Ansehung derjenigen Sachen, die, vermöge des Auftrags, für den Machtgeber in seine Hände gekommen sind.

§. 84. Dagegen hat, wenn der Bevollmächtigte dergleichen Sachen verzehrt, veräussert oder sonst abhanden gebracht hat, bei einem über sein Vermögen entstehenden Concurse, der Machtgeber das Vorrecht der sechsten Classe in Ausehung des Werthes derselben.

*) Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais, que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat et lui payer ses salaires, lorqu'il en a été promis. S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursemens et payemens lors même, que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte, qu'ils pouvaient être moindres.

**) Im Wesentlichen übereinstimmend Pr. Lndr. §. 65. „Der Machtgeber muss den Bevollmächtigten für allen, bei dem Geschäfte gemachten Aufwand, insofern derselbe nöthig oder nützlich gewesen, entschädigen.

§. 66. Die bei einem Geschäfte gewöhnlichen Ausgaben werden als nützliche angesehen.

§. 67. Ausgaben, welche der Machtgeber ausdrücklich untersagt hat, dürfen ihm nur insofern angerechnet werden, als sie eine wirkliche Verwendung in seinem Nutzen enthalten, und er sich den dadurch bewirkten Vortheil zueignen will.

§. 68. Auch bei rückgängig gewordenem Auftrage, oder fehlgeschlagener Ausrichtung ist der Bevollmächtigte den Ersatz der zweckmässig verwendeten Kosten zu fordern befugt.

Zu Num. 3. Das französische Recht schliesst dies Ermessen aus, indem es (art. 2001.) den Mandanten verbindet, Zinsen (gesetzliche) von dem Tage an zu zahlen, wo die Vorschüsse sind liquid gemacht worden („à dater du jour des avances constatées *).

Zu Num. 4. Im Gegensatze zu dem Römischen Rechte macht art. 2000. des C. N. den Mandanten verbindlich, auch den blos zufällig durch die Geschäftsführung entstandenen Verlust („les pertes essuyées à l'occasion de la gestion") dem Mandatar zu ersetzen, völlig abgesehen hiervon, ob Ersterem hiebei einiges Verschulden zur Last fällt, und nur vorausgesetzt, dass den Mandatar kein solcher Vorwurf trifft. Nach §. 1015. des allgem. bürgerl. Gsb. ersetzt der Mandant blos zufälligen Schaden nicht; wohl aber kann in einem solchen Falle der Mandatar, wenn er das Geschäft unentgeldlich zu besorgen übernommen, einen solchen Betrag fordern, welcher bei entgeldlicher Geschäftsführung ihm zur Vergütung der Bemühung nach dem höchsten Schätzungswerthe würde gebührt haben. Es versteht sich (m. vergl. *v. Zeiller am angef. O. pag.* 292), dass er auf diese Weise doch immer nicht mehr erhalten darf, als der Schaden beträgt.**)

Zu Num. 5. Dasselbe besagt art. 2002. des C. N. — Pr. Lndr. §. 210 — 216.: Wer von mehreren zugleich einen Auftrag erhalten, ist denselben nur gemeinschaftlich Rede und Antwort zu geben schuldig, und die sämmtlichen Machtgeber sind ihm als Mitschuldner verbunden. Hiermit sind verbunden casuistische Bestimmungen, wie es zu halten, wenn die mehreren Machtgeber sich einander widersprechende Weisungen geben, so wie über Aufkündigung an einen einzelnen Machtgeber, Widerruf oder Tod eines Einzelnen derselben.

*) Pr. Lndr. §. 71. Hat er keinen Vorschuss gefordert, so kann er, von dem Betrage der gehabten Auslagen, landübliche Zinsen nur von dem Tage an fordern, wo er dem Machtgeber die mit erforderlichen Belegen versehene Berechnung darüber zugestellt hat.

§. 72. Hat jedoch der Bevollmächtigte Capitalsauszahlungen für den Machtgeber geleistet, so muss ihm der Vorschuss schon von der Zeit der geschehenen Verwendung an landüblich verzinst werden.

§. 73. Ein Gleiches findet Statt, wenn der Machtgeber den ihm abgeforderten Vorschuss nicht zur gehörigen Zeit angeschafft hat; oder wenn der Bevollmächtigte vor Vollziehung des Geschäftes nach den Umständen des Falles den nöthigen Vorschuss von dem Machtgeber nicht einziehen konnte.

**) Pr. Lndr. §. 80. Unglücksfälle, welche den Bevollmächtigten bei Ausrichtung des Geschäfts treffen, ist der Machtgeber nur insofern zu vergüten schuldig, als er dazu auch nur durch ein geringes Versehen Anlass gegeben hat.

§. 81. Doch muss der blos zufällige Schaden auch alsdann vergütet werden, wenn der Bevollmächtigte die bestimmte Vorschrift des Machtgebers, ohne sich der Gefahr einer solchen Beschädigung auszusetzen, nicht hat befolgen können.

§. 5.
Zu dem Anhange der Capitel 3. und 4.

Indem man, entgegengesetzt der Röminischen Ansicht und Praxis, es zum Grundsatze machte *), dass der Mandant, insoweit der Mandatar sich in den Grenzen **) des ertheilten Auftrags gehalten, unmittelbar gegen dritte Personen berechtigt und verpflichtet werde, ohne dass in Beziehung auf diese irgend ein obligatorisches Verhältniss des Machthabers eintrete, wurde man zu weitern, positiv-rechtlichen Vorschriften hierüber angeregt, deren Werth sich hauptsächlich nach der Consequenz bemisst, womit sie aus jenem Grundsatze hervorgehen. Da der Gewalthaber überhaupt nicht verbunden wird gegen Dritte, so ist es in dieser Beziehung gleichgültig, ob und wieweit der Mandatar zu einer Classe von Leuten gehört, welche sich für ihre Person verbindlich zu machen nicht, oder nicht vollständig befähigt sind. (art. 1990. des C. N. und §. 1018. des allgem. bürgerl. Gsb.) ***).

Gegen den substituirten Bevollmächtigten muss der Mandant in allen Fällen unmittelbar klagen können (art. 1994. des C. N. †); denn er hat unmittelbar die Klagerechte, die nach Römischem Rechte zunächst der Mandatar hat.

Hiermit ist zugleich die Bemerkung zu verbinden, dass, da der Mandatar für jedes, geradezu mandatswidrige, oder doch culpose Verfahren dem Mandanten gerecht werden muss,

*) Art. 1997. Le mandataire, qui a donné à la partie, avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est pas personnellement soumis.

art. 1998. Le mandant est tenu d'exécuter les engagemens contractés par le mandataire, conformément au pouvoir, qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il a ratifié expressément ou tacitement.

Was die Ratihabition gegen den Mandatar bewirken kann, (m. vrgl. S. 8.), muss sie in Gemässheit der dort gedachten Grundsätze auch gegen dritte [Pr. Lndr. §. 142 — 146. Ratihabition ist auch dann eingetreten, wenn der Vollmachtsgeber in Kenntniss gebracht hat, der Mandant habe die Vollmacht überschritten und ersterer hiervon dem dritten nicht in gesetzlicher Frist Nachricht giebt,] bewirken können.

**) Hierbei (m. vrgl. *Zachariä* am angef. O. §. 546. p. 423. Not. 1.) ist zu bemerken, dass dieser Satz nur von den Grenzen zu verstehen, die die Vollmacht selbst bestimmt, nicht aber von den Einschränkungen, die auf einer Thatsache beruhen. Z. B. C ist bevollmächtigt, 100 fl. aufzunehmen. Er borgt 100 fl. von dem A und C andere 100 fl. von dem B; beide haben ein Klagerecht.

***) §. 30. Pr. Lndr.: „Wer sich selbst zu verbinden unfähig, kann dennoch durch gehörige Ausrichtung eines aufgetragenen Geschäfts Rechte gegen seinen Machtgeber erwerben."

†) art. 1994. „Le mandataire répond de celui, qu'il s'est substitué dans la gestion; 1) quand il n'a pas reçu le pouvoir de substituer quelqu'un, 2) quand ce pouvoir lui a été déféré sans désignation d'une personne, et que celle, dont il a fait choix, était notairement incapable ou insolvable."

es der am angef. O. angegebenen Vorschriften nicht bedurft hätte, nach welchen der Mandatar verantwortlich wird, wenn er substituirte, ohne dazu ermächtigt zu seyn. Denn was A von dem B besorgt wissen wollte, wollte er nicht um desswillen eben so gern von dem C besorgt sehen. Und wenn B zu Substitutionen ermächtigt war, so verstand es sich doch von selbst, dass A damit nicht eingewilligt hatte, notorisch Untüchtige oder Zahlungsunfähige zu Nachbevollmächtigten zu erhalten.

Das allgem. bürgerl. Gsb. macht im Allgemeinen (§. 1010.) verantwortlich für das von substituirten Personen begangene Versehen.

Die Zurücknahme (art. 2005. des C. N.) der Vollmacht ist wirkungslos gegen dritte Personen, so lange sie nicht diesen, sondern nur dem Mandatar bekannt gemacht worden. Doch kann der Mandant wegen der unterbliebenen Bekanntmachung sich an den Mandatar halten *). Ueberhaupt (art. 2009.) wird in allen Fällen, wo das Mandat erlischt aus Ursachen, welche in des Mandatars Person eingetreten, der Mandant dritten Personen fort und fort, und so lange verpflichtet, bis dieselben Kunde vom Erlöschen des Mandats erhalten **).

Das allgem. bürgerl. Gsb. hebt als einen besondern Fall, in welchem die Ratihabition erkennbar werde, den vor, wo Jemand den aus dem Geschäfte entstandenen Vortheil sich zuwendet (§. 1016). Z. B. Mein Beauftragter (m. vergl. *v. Zeiller am angef. O. pag.* 293. *Not.* 2.) kauft statt um 100 Ducaten limitirten Preis mir ein Pferd um 120 Ducaten, das ich alsdann übernehme und benutze, obschon mir der höhere Einkaufspreis bekannt geworden.

Pr. Lndr. §. 51. Hat der Bevollmächtigte, der Abweichung ungeachtet, das Geschäft selbst zum Nutzen des Machtgebers ausgerichtet und dieser will den Vortheil daraus sich zueignen: so muss er auch die Abweichung genehmigen.

*) Ebenso §. 1026. des allgem. bürgerl. Gsb.

**) Pr. Lndr. §§. 167 — 171. und 200. Was der Mandatar nach erfolgtem Widerrufe von Seiten des Mandanten gethan, verbindet gegen dritte Personen den Mandanten nicht, und haben selbige sich nur an den Mandatar zu halten, ausgenommen, der Mandant hätte gewusst, mit wem jener contrahirt und hätte die dritten Personen benachrichtigen können; wogegen, wenn ein Concurs zu des Mandanten Vermögen oder dessen eingetretene Unfähigkeit zu rechtlichen Geschäften das Geschäft aufhebt, giltig für dritte Personen von dem Mandatar gehandelt wird, auch wenn dieser von den eingetretenen Umständen Kenntniss hatte.

II.

Die Bürgschaft.

(Lb. XLVI. tit. 1. de fidejussoribus et mandatoribus.)

Erläuterung zu der Ueberschrift des Titels.

Die Rubrik nennt fidejussores und mandatores. Inwiefern, fragt sich's, lassen sich diese unter einen und denselben Gesichtspunkt stellen, während, wie wir gleich sehen werden, materiell und formell sich bedeutende Verschiedenheiten zeigen.

Als Geschäfte, wodurch für die Erfüllung dessen, was ein Schuldner dem Gläubiger zu leisten hatte, letzterem die verlangte Sicherheit gegeben werden soll, finden bei Gajus sich nur „sponsio, fidepromissio und fidejussio" genannt. (Man vrgl. lib. III. §. 92. 116. und 117. *) Das Gemeinschaftliche Derselben bestand, ausser der Gleichartigkeit des Zwecks, darin, dass sie sämmtlich den „verborum obligationibus" zugehörten, nicht anders als „interrogatione et responsione" vollzogen werden konnten. (Man vrgl. §. 92. cit. die Worte: „verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut: Dari spondes? spondeo; dabis? dabo; promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto; fidejubes? fidejubeo." **)

*) Sponsorem enim et fidejussorem saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit.

**) Die Verschiedenheit derselben bestand unter andern auch darin, dass die fidejussio bei allen Gattungen von Hauptverbinblichkeiten anwendbar war, während sponsio und fidepromissio nur in Beziehung auf eine verborum obligatio gebraucht werden konnten. (Man vrgl. *Gajus lib. III.* §. 119: illi (sponsor et fidejussor) nullis obligationibus accedere possunt, nisi verborum: quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus, veluti cum pupillus sine tutoris auctoritate aut quis alius post mortem suam dari promiserit. At illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur? fidejussor autem omnibus obligationibus, id est, sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu contractae fue-

Das Wort Mandator wird unter andern auch zu Bezeichnung Desjenigen gebraucht, der einen Auftrag ertheilt, welcher ausser aller Beziehung zu Geschäften stehet, in Folge deren Jemand verbindlicherweise für den Auftragsgeber einem Dritten Credit geben soll. (Man vrgl. l. 22. §. ult. und l. 49. mandati vel contra. §. 7. Inst. eod. tit. und l. 135. §. 2. de verb. oblig., in welcher letzteren Stelle Mandator Derjenige genannt wird, welcher Auftrag zu dem Erkaufe eines Grundstückes gegeben hat.) Insbesondere wird aber auch Mandator Derjenige genannt, welcher Auftrag ertheilt, einem Andern Credit zu geben und dadurch ebenfalls für des Schuldners Verbindlichkeit obligat wird.

Nun pflegt man den Unterschied zwischen Mandator in letzterer Bedeutung und fidejussor (man vrgl. unter andern *Brissonius de verb. signif. sub voce: mandator* *)) darein zu setzen, dass der Mandator das Creditgeben veranlasse, der Bürge der schon bestehenden Verbindlichkeit beitrete. Da nun aber auch der fidejussor sich verbindlich machen kann, ehe noch die Verbindlichkeit eines Hauptschuldners statt findet („§. 3. Inst. eod. tit.: fidejussor et praecedere obligatio-

rint obligationes, adsumi potest. Demnach ist l. 1. h. tit.: omni obligationi fidejussor accedere potest, eine nichts weniger als müssige Bemerkung, obschon es sich nach neuern Ansichten von selbst zu verstehen scheint, dass in Fällen, wo nicht besondere positiv-rechtliche Vorschriften eine Ausnahme eintreten lassen, es einzig und allein von Convenienz der Interessenten abhängen müsse, sich für jede Art von Hauptverbindlichkeit obligat zu machen, sobald nur die Beschaffenheit Desjenigen, was zu leisten ist, eine Stellvertretung zulässig macht.

In Zusammenstellung mit jenen unterschiedenen Formen der Gewährleistung für fremde Verbindlichkeiten erhält auch l. 8. pr. die erkennbare Bedeutsamkeit.

Graece fidejussor et ita accipitur: τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, i. e. mea fide jubeo, dico, volo, sive βούλομαι i. e. cum destinatione quadam animi volo: sed et si φημὶ, i. e. affirmo, dixerit, pro eo erit, atque si dixerit λέγω, i. e. dico.

Denn schlechterdings konnte die sponsio gültigerweise nicht anders als Lateinisch ausgesprochen werden, wogegen die fidejussio und fidepromissio sich auch Griechisch fassen liessen. Man vrgl. *Gajus. lib. III.* §. 93.

Sed haec quidem verborum obligatio: dari spondes? spondeo, propria civium Romanorum est: ceterae vero juris gentium sunt: itaque inter omnes homines, sive cives Romanos, sive peregrinos, valent. Et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, velut hoc modo: δώσεις; δώσω· ὁμολογεῖς; ὁμολογῶ· πίστει κελεύεις; πίστει κελεύω· ποιήσεις; ποιήσω; tamen haec etiam inter cives Romanos valent, si modo Graeci sermonis intellectum habent, et e contrario, quamvis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. At illa verborum obligatio: dari spondes? spondeo, adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit; quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse. — l. 12. Cod. eod. tit. (8. 41.) Inst. §. 7. de fidejuss. (3. 21.)

*) Mandatores tanquam auctores praecedunt, fidejussores vero alienam obligationem in se suscipiunt.

nem et sequi potest.“ l. 47. §. 1. l. 55. „quantam pecuniam, quandoque credidero.“) und da in einem solchen Falle der Bestimmungsgrund, zufolge dessen der Gläubiger Credit giebt, die meisten Male nur in der fidejussio liegen wird, so ist diese Unterscheidung nicht richtig. Wäre sie vielleicht richtig in einer modificirten Maasse, wenn man sagte: der Bürge kann vor und nach Entstehung der Hauptschuld eintreten, der Mandator nur vorher?

Abgesehen von andern Stellen, wo mandator überhaupt in Hinsicht auf eine zukünftige Handlung gebraucht wird (z. B. caedis mandator in l. 6. pr. (29. 5.) de Sc. Syllanis: mandator atrocium injuriarum. l. 5. C. (9. 2.) de accusat.: mandatores caedis in Pauli rec. sent. lib. V. tit. 23. §. 11.) kommen allerdings auch Stellen vor, wo mandator Denjenigen bezeichnet, auf dessen Veranlassung ein Gläubiger darlieh; z. B. in l. 95. §. 10. (46. 3.) de solut. („si mandatu meo Titio pecuniam credidisses.“) und in folgenden Stellen des vorliegenden Titels.

„l. 13. Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius. Sed ego ibi non aliter condemnari debeo, quam si actiones, quas adversum Titium habes, mihi praestiteris. Item si cum Titio egeris, ego non liberabor: sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.“

„l. 24. Lucius Titius, cum pro Sejo fratre suo apud Septicium intervenire vellet, epistolam ita emisit: si petierit a te frater meus, peto, des ei nummos fide et periculo meo. Post quam epistolam Septicius Sejo pecuniam numeravit.“

„l. 52. §. 3. Plures ejusdem pecuniae credendae mandatores, si unus judicio eligatur, absolutione quoque secuta non liberantur: sed omnes liberantur pecunia soluta.“

„l. 71. §. 2. Placet mandatorem teneri, etiam si foeneraturo creditori mandet pecuniam credere. *)

Ein Fall aber, wo das Mandat dem Hauptgeschäfte folgte, scheint in l. 61. sehr deutlich vorzuliegen.

„Si (ut proponitur), cum pecunia mutua daretur, ita convenit, ut in Italia solveretur, intelligendum, mandatorem quoque simili modo contraxisse.“

Es war ein Darlehn gegeben und dabei Italien als das Land bestimmt worden, in dem die Rückzahlung erfolgen solle. Die Zahlung erfolgte nicht, und der Mandator, der sich für das Geschäft interessirt hatte, sollte belangt werden. Es fragte sich, ob von diesem, der nichts darüber verabredet

*) In l. 41. §. 1. ist es nicht deutlich, ob das Mandat dem Hauptgeschäfte vorhergehend oder folgend war.

„Idem respondit, si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum judicati conveniri coeperit, posse eum desiderare, ut adversus eos, qui idem mandaverunt, actiones sibi mandentur.“

hatte, wo er zur Zahlung gehalten sein solle, die Berichtigung der Schuld ebenfalls nur in Italien oder auch anderswo könne gefordert werden. Paulus sagt: „intelligendum, mandatorem quoque simili modo contraxisse.“ Nach der Hauptverbindlichkeit sollte bestimmt werden, in welchem Sinne die accessorische aufzufassen sei. Nun muss aber die Norm für das Urtheil früher sein als dieses. Wie hätte man annehmen können, nur in Italien habe der Mandator zu zahlen gehalten sein wollen, wenn er den Gläubiger ganz im Allgemeinen hätte aufgefordert gehabt, Geld an einen Dritten zu leihen? Wenn aber dem Dritten bereits ein in Italien wiederzuerstattendes Capital war geliehen worden, und nun der Mandator sagte: „nummos, quos credidisti, fide et periculo meo esse volo“ alsdann liess sich annehmen, der Mandator habe nun in gleichmässiger Modalität wollen gehalten sein.

Ebenso in l. 60. §. 1. mandati und in den Worten des dort mitgetheilten Briefes: „quare scias quodcunque ex hac causa stipulatus fueris, id me mea fide esse, jussisse.“ So konnte sich der Briefsteller ausdrücken, die Titia mochte sich bereits verbindlich gemacht haben, oder erst noch verbindlich machen wollen.

Demnach kann ein Mandator auch für die bereits bestehende Verbindlichkeit eintreten; und wenn ein Mandat darin besteht, dass wir einen Andern veranlassen, etwas auf unsere Rechnung und Gefahr zu thun, so kann man ein Mandat offenbar ebensowohl in Hinsicht eines schon ertheilten und fortzusezzenden, als eines erst noch zu ertheilenden Credites sich denken; das Eine wie das Andere kann auf eines Dritten, hierzu sich vertragsmässig verbindenden, Rechnung und Gefahr gehen.

Hiemit könnte des Mandators und des Fidejussors Gleichstellung gerechtfertiget und der Unterschied ein bloss formeller scheinen, der sich auf Beobachtung oder Verabsäumung der Stipulationsformel beschränkte. Dem aber ist nicht so; denn die materielle Verschiedenheit tritt in mehrfacher Beziehung hervor, sobald man die Natur beider Verhältnisse in das Auge fasst. Wer als mein Geschäftsführer Geld giebt, wird dadurch verbunden, Alles wahrzunehmen, was mein Interesse hiebei erfordert, also auch die Wiederzahlung von dem Schuldner zu betreiben, wenn ausserdem dessen Zahlungsunfähigkeit eintreten könnte. Daraus folgt, dass, wenn A dem B Mandator geworden ist, dem C zu borgen, B gehalten ist, dafür zu wachen, dass die Schuld nicht durch Säumniss in Zurückforderung des Darlehnes schlecht werde. Wer einen Bürgen erhalten hat, ist an eine solche Rücksicht nicht gebunden, und also, wenn A dem B fidejussor geworden ist, braucht B nicht des A Interesse auf die angegebene Weise in Obacht zu nehmen. Der Bürge hat gegen den Hauptschuldner actionem mandati oder negotiorum gestorum, der Mandator dagegen klagt in der Regel nur aus der von dem Mandatar, dem darlei-

benden Gläubiger, ihm cedirten Klage. Z. B. A ist dem B Mandator geworden, dem C zu borgen. Er remboursirt den B. Wenn er gegen C regrediren will, so muss ihm B die Klage gegen C abtreten. Die Gerechtigkeit dieser Grunsätze leuchtet ein. Mit Ertheilung eines Mandates ist nicht ausgesprochen, in wessen Interesse es ertheilt worden sei. (M. s. S. 2. ff.) Es kann ohne Mandat des Schuldners und völlig abgesehen vom Interesse desselben ertheilt werden. Und darum kann der Mandator gegen diesen nicht, oder doch nicht unbedingt actionem mandati oder negot. gest. anstellen. Wer aber weiter nichts thut, als was der Bürge thut, nämlich die Verbindlichkeit eines Dritten zu der seinigen macht; in dessen Verfahren liegt an und für sich selbst offenbar nur die Motive vor, dass er zu des Dritten Besten handeln wollte, entweder aufgefordert als Mandatar, oder unaufgefordert als negotiorum gestor.

Ebenso ist der Gläubiger nicht Geschäftsführer des Bürgen. Denn eine darauf gerichtete Absicht wird mit der Bürgschaft nicht ausgesprochen, und darum darf er, wie schon gedacht, bei dem Verfahren gegen den Hauptschuldner sich ganz unbekümmert um des Bürgen Interesse lassen.

Der Gläubiger hat anders als gegen Zahlung dem Bürgen keine Klage abzutreten, gegen den Hauptschuldner; denn da der Gläubiger nicht der Geschäftsführer des Bürgen war, so ist Ersterer auch nicht gehalten, einen Erwerb desselben durch Klagabtretung zu realisiren.

Also wäre das mandatum, Jemandem Geld zu leihen, von der Fidejussion auch materiell unterschieden.

Andererseits sehen wir ganz deutlich in den Quellen, dass Mandator nicht bloss Derjenige genannt wird, welcher als Auftragsgeber einen Auftragsnehmer veranlasst, einem Dritten zu creditiren und sich dadurch gegen den Darleiher in das gegenseitige Verhältniss des Mandanten zum Mandatar setzt, sondern auch wer, ohne sich der Stipulationsformel zu bedienen, als Bürge gehalten sein will, und dadurch in ein einseitiges Verhältniss zu dem Gläubiger tritt.

Entscheidend in dieser Hinsicht ist §. 8. Inst. de fidejuss. „In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi: ut quodcunque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse: videri omnia solemniter acta.“

Wenn Jemand sich schriftlich erklärte, er wolle fidejubirt haben, so vertrat dieses (wenigstens zur Zeit des spätern Römischen Rechts) die Stelle der fidejussio. Er war aber doch nicht Fidejussor, weil er sich der Stipulationsformel nicht bedient hatte. Es bleibt keine andere Benennung für ihn absehbar, als Mandator.

Daraus erklärt sich auch die in l. 6. C. de fidejuss. et mandat. verneinend beantwortete Frage.

„Si pater tuus pro se Cornelio, cum pecuniam mutuam accepit, se non obligavit, frustra ex eo, quod tabulas obligationis, ut testis signavit, conveniris.“

Wenn die Bürgschaften an den Act einer feierlichen Willenserklärung mittelst Frage und Antwort wären gebunden geblieben, so hätte schwerlich Jemand auf den Gedanken kommen können, dass die Mitunterschrift eines Schulddocumentes den Unterschreibenden zum Bürgen machen könne.

Im Titel mandati l. 58. §. 1. lesen wir.

„L. Titius creditori suo mandatorem dedit,“ ganz wie wir in andern Stellen lesen „fidejussorem dare.“

Jemandes Erklärung, der Gläubiger solle fide et periculo desselben borgen, war statt fidejussio.

Man vergleiche l. 24. h. cit.

„l. 71. pr. Ganius Antoninus pro Julio Pollione et Julio Rufo pecuniam mutuam accipientibus, ita ut duo rei ejusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator exstitit.

„l. 60. §. 1. mandati: Quare scias, quodcunque ab ea ex hac causa stipulatus fueris, id me mea fide esse jussisse, te salvum habiturum.“

„l. 1. §. 20. si q. i. f. patroni. (38. 5.) Sed et si mandator exstitit pro aliquo libertus, idem erit probandum.“

Am häufigsten kommen in dem Codex Stellen vor, welche den Mandator dem Fidejussor gleichstellen. l. 4. und 10. h. t. fidejussor seu mandator. l. 23. eod. l. 8. de pignor. (8. 14.) Fidejussores seu mandatores. l. 12. de non num. pec. (4. 30.) l. 7. loc. (4. 65.) fidem obligare l. 8. quod c. e. q. in a. potestate (4. 26.) si mandator pro filio tuo exstitisti. Die wichtigste solcher Stellen aber ist: l. 3. C. (4. 18.) de constituta pecunia.

„Divi Hadriani epistolam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fidejussores loquitur, locum habere, in his etiam.“ —

Hier ist ganz deutlich ausgesprochen, dass es in materieller Hinsicht eine vollkommene Gleichstellung des Mandators und Fidejussors giebt, und also Mandator auch Derjenige ist, welcher ohne Stipulation Bürgschaft leistet. Entweder sprach diess schon die epistola Divi Hadriani aus, wie die l. 3. Cod. cit. besagt, oder die Justinianische Praxis that so, als wäre es darin ausgesprochen gewesen, nachdem man sich gewöhnt hatte, den Mandator in der angegebenen Bedeutung dem Fidejussor völlig gleichzustellen. Dafür, dass die Praxis eine Bürgschaft eintreten liess, wo keine stipulatio stattgefunden hatte, dass insonderheit auch die Praxis auf die Mandatoren das benefic. divis. erstreckte, dafür scheinen deutlich zu sprechen l. 4. §. 3. (27. 7.) „de fidejussoribus et nominat. et hered. tut.“

„Fidejussores a tutoribus nominati si praesentes fuerunt

et non contradixerunt et nomina sua referri in acta publica passi sunt, aequum est, perinde teneri, atque si jure legitimo stipulatio interposita fuisset. Eadem videtur affirmatorum: qui scilicet, cum idoneos esse tutores adfirmaverint, fidejussorum vicem sustinent."

Ebendaselbst l. 7. „Nam et si mandato plurium pecunia credatur, aeque dividitur actio: si enim, quod datum pro alio, solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit."

Nach alle dem sehen wir, dass mandator nicht bloss Derjenige ist, welcher Auftrag giebt, Jemandem zu leihen, sondern auch Derjenige, welcher bürgschaftliche Verbindlichkeiten übernimmt durch eine Erklärung ohne Stipulation.

Es ist sehr begreiflich, wie bei einem ausgebreiteten Verkehr Bürgschaften ohne Stipulation ein Bedürfniss werden und in Gebrauch kommen mussten, und ebenfalls sehr begreiflich, wie mandator in jener zwiefachen Beziehung gebraucht werden konnte: denn in dem hauptsächlichen Punkte, dass Jemand mit seinem Credite für den eines Andern einsteht, treffen beide zusammen.

Cap. 1.

Bestimmung des Begriffs und Wesen der Bürgschaft.

1) Wer einem Gläubiger die Befugniss einräumt, von ihm zu fordern, was der Gläubiger von seinem Schuldner fordern könnte, leistet Bürgschaft.

2) a. Nachbürge ist Derjenige, welcher Bürge für einen Bürgen ist.

2) b. Mitbürgen sind Diejenigen, welche gemeinschaftlich erklärt haben, für eine und dieselbe Schuld Bürgschaft zu leisten.

3) Für eine jede, gegenwärtig oder zukünftig, entweder klagbare oder doch insoweit wirksame Schuld, dass das in Gemässheit derselben Gezahlte der Zurückforderung nicht unterliegt, kann Bürgschaft geleistet werden, vorausgesetzt, dass

4) die Hauptverbindlichkeit entweder eine Zahlung oder die Leistung einer körperlichen Sache bezweckt.

5) Wer die Forderung der Hauptschuld erwirbt, erwirbt zugleich mit das Klagrecht gegen Denjenigen, der sich für die Hauptschuld verbürgt hat.

6) Die für vertragsmässige Verbindlichkeiten geltende Regel, dass sie weder in engerem, noch in weiterem Sinne beurtheilt werden dürfen, als der Parteien gegenseitige Willensübereinstimmung ausspricht, gilt auch für Bürgschaften.

7) Was von dem Bürgen gilt, gilt auch von dessen Universalsuccessoren.

Erläuterungen.

§. 1.

Zu Num. 1.

Die Bürgschaft ist durchaus accessorischer Natur.

„l. 1. Omni obligationi fidejussor accedere potest.“

Ihr Zweck ist der, dem Gläubiger, welcher zwei Schuldner statt eines einzigen erhält, auf diese Weise erhöhte Sicherheit seiner Forderung zu gewähren. „pr. Inst. h. t. (3. 20.) Omnis res, quae dominio nostro subjicitur, in stipulationem deduci potest: sive mobilis sit, sive soli. pr. (3. 21.) Pro eo qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.“

Wenn man den Bürgen als Denjenigen bezeichnet, welcher verspricht, die Schuld eines Andern auf den Fall zu bezahlen, wo dieser selbst sie nicht sollte zu gehöriger Zeit bezahlen wollen oder können, so weicht man von dem Begriffe ab, wie ihn die Pandecten aufstellen, nach welchem der Gläubiger so wenig gehalten ist, die Forderung gegen den Bürgen davon abhängig zu machen, ob der Hauptschuldner Zahlung leisten will oder kann, dass vielmehr, wenn der Gläubiger erst dann ein Klagerecht gegen den Bürgen haben soll, wenn gewiss ist, dass der Hauptschuldner nicht zahle, sei es nun, weil dieser auf vorhergehende Mahnung es verweigert oder unterdess gestorben ist, die Bürgschaft ausdrücklich so limitirt werden muss. Man vrgl. l. 16. §. 6.

„Cum fidejussor hoc modo acceptus esset: si reus quadraginta, quae ei credidi, non solverit, fide tua esse jubes? verisimile est id actum, ut, cum appellatus reus non solvisset, fidejussor teneretur; sed et si reus ante, quam appellaretur, decessisset, fidejussor obligatus erit, quia hoc quoque casu verum esset, reum non solvisse.“

„l. 5. C. h. t. Jure nostro est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur.“ —

l. 116. de V. O. (45. 1.)

§. 2.

Zu Num. 2. a.

Die Römer nennen den Nachbürgen fidejussorem fidejussoris.

Man vrgl. „l. 27. §. 1. Praeterea si fidejussor exstiterit fidejussori, sive plures: aeque hic quoque pertinebit ad eandem causam. In quorum persona aeque locum habebunt ea, quae sunt a Divo Hadriano constituta.“

In l. 55. haben wir ein Beispiel, wie in Fällen, wo die Bürgschaft in der Form der sponsio (m. vrgl. S. 115.) war bewerkstelliget worden, die Nachbürgschaft in Form der Fidejussio ausgeführt werden mochte.

„Si ita stipulatus a Sejo fuero: quantam pecuniam Titio quandoque credidero, dare spondes? et fidejussores accepero, deinde Titio saepius credidero: nempe Sejus in omnes summas obligatus est et per hoc fidejussores quoque: et id, quod ex bonis ejus servari potest, omnibus aequo jure proficere debet.

Ueber den Satz unter Num. 2. b. weiter unten.

§. 3.

Zu Num. 3.

Was in Verbindung mit Num. 3. zu sagen ist, giebt ein abermaliges Beispiel, wie wenig die Pandectencompilatoren verstanden haben, die Wiederholung desselben, bald im Allgemeinen, bald in der Anwendung auf specielle Fälle ausgesprochenen Satzes zu vermeiden.

Zu den Worten: „für jede.“

„l. 8. §. 1. Praeterea sciendum est, fidejussorem adhiberi omni obligationi posse, sive re, sive verbis, sive consensu.“

„§. 2. Pro eo etiam, qui jure honorario obligatus est, posse fidejussorem accipi sciendum est.“

„§. 6. Et generaliter omnium obligationum fidejussorem accipi posse, nemini dubium est.“

„l. 16. §. 3. Fidejussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis vel naturalis cui applicetur.“

„§. 1. I. In omnibus autem obligationibus adsumi possunt; i. e. sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu contractae fuerint. At nec illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor: adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.“

Man hat behauptet, das Recht des Codex mache eine Ausnahme, insofern dasselbe nicht verstatte, dass die Rückgabe der dos durch Bürgen gesichert werde. Das ist ein Irrthum. Es soll bloss der Ehemann nicht angehalten werden können, dass er für die dos einen Bürgen stelle. Nicht aber ist die Bürgschaft für ungültig erklärt, die Jemand für eine dos möchte übernommen haben. Man vergl. l. 1. und 2. Cod. (5. 20.) „Sive ex jure sive ex consuetudine lex proficiscitur, ut vir uxori fidejussorem servandae dotis exhibeat; tamen eam jubemus aboleri.“

„Generali definitione constitutionem pristinam ampliantes, sancimus, nullam esse satis dationem vel mandatum pro dote exigendam, vel a marito vel a patre ejus, vel ab omnibus, qui

dotem suscipiunt. Si enim credendam mulier sese suamque dotem patri mariti existimavit: quare fidejussor vel alius intercessor exigitur, ut caussa perfidiae in connubio eorum generetur?"

Wenn das Dasein einer Verbindlichkeit ausreicht, um den Eintritt einer Bürgschaft möglich zu machen, so folgt daraus, dass nach des Schuldners Tode auch für die, seinem Nachlasse, als einem Objecte für Rechte und Verbindlichkeiten, ungetilgt inhärirende Verbindlichkeiten Bürgschaft könne geleistet werden.

„l. 22. Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest: quia hereditas personae vice fungitur; sicuti mancipium et decuria et societas."

Zu den Worten: „gegenwärtige oder zukünftige."

„l. 6. §. 2. Adhiberi autem fidejussor tam futurae, quam praecedenti obligationi potest."

Diese, schon bestehende sowohl als auch erst noch bevorstehende Verbindlichkeiten umfassenden Worte folgen, nachdem pr. l. c. dasselbe schon für die bereits bestehenden Verbindlichkeiten ist gesagt worden.

„Stipulatus sum a reo nec accepi fidejussorem, postea volo adjicere fidejussorem, si adjecero fidejussor, obligatur."

l. 47. §. 1. und l. 55. sind bereits als Stellen, welche die Bürgschaft für eine künftige Verbindlichkeit zulässig finden in dem Obigen citirt worden. (M. s. S. 117.)

Eben dahin gehört l. 4. pr.

„Potest accipi fidejussor ejus actionis, quam habiturus sum adversus eum, pro quo fidejussi vel mandati vel negotiorum gestorum."

Der Bürge hat sich verbürgt, entweder als Mandatar oder als negotiorum gestor des Hauptschuldners. Für den Ausfall einer oder andern, erst künftighin (futurae) entsprechend anzustellenden Klage kann sich ihm ein Dritter verbürgen.

Zu den Worten: „nicht der Zurückforderung unterliegt."

Anders ausgedrückt: jede bürgerliche oder natürliche Verbindlichkeit kann Gegenstand einer Bürgschaft sein. Man vergl. l. 6. §. 2. „dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio."

„l. 7. Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est, hujus naturalis obligationis fidejussorem accipi posse."

„l. 16. §. 4. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit: verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores: et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse."

„l. 60. Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat: teneri fidejussorem respondit."

Die Beantwortung der Frage, welche Verbindlichkeiten der Art sind, dass sie zwar nicht mit Erfolg klagbar gemacht werden können, jedoch auch nicht gestatten, dass zurückgefordert werde, was in Gemässheit derselben gezahlt worden, würde eine Untersuchung veranlassen, die jedenfalls zu weit aussehend für den vorliegenden Zweck wäre, selbst wenn der Verfasser sich nicht überzeugt halten dürfte, dieselbe bereits an einem andern Orte genügend angestellt zu haben. In dem gegenwärtigen Werke wird man darauf bei den Condictionen zurückkommen.

§. 4.

Zu Num. 4. und 5.

Die Bestimmung unter Num. 4. folgt aus dem Begriffe der Bürgschaft. Der Bürge hat dasselbe zu leisten, was dem Hauptschuldner zu leisten obliegt. Eine solche Identität der Leistungen fiele aber hinweg, wenn z. B. A sich verpflichtete, dem B juristische Vorträge zu halten, falls dieser es vorziehen sollte, diesen Unterricht lieber von ihm, als von dem C zu erhalten, der dem B die gleiche Zusage gethan. Denn facta sind allemal etwas anders, wenn sie von verschiedenen Personen ausgeführt werden. Die Quellen sind dieser Ansicht durchgängig treu geblieben.

Den Satz unter Num. 5. belegt l. 21. pr.

„Heres a debitore hereditario fidejussorem accepit, deinde hereditatem ex Trebelliano restituit: fidejussores in suo statu manere ait. Idemque in hac caussa servandum, quod servaretur, cum heres, contra quem emancipatus filius bonorum possessionem accepit, fidejussorem accepit. Ideoque in utraque specie transeunt actiones.“

§. 5.

Erörterungen zu Num. 3. und 4. gehöriger Stellen casuistischen Inhalts.

Bei der Methode, nach welcher die Pandecten abgefasst sind, konnte es nicht fehlen, es mussten in dem Titel eine Anzahl Stellen vorkommen, welche für einzelne Fälle entweder

a. das Dasein einer Verbindlichkeit, und also auch die Möglichkeit einer Bürgschaft verneinen, oder

b. dass eine und die andere vorhanden bejahen.

Die hier einschlagenden Stellen sind durchzugehen und hiermit zu verbinden.

c. Stellen, gleich casuistischen Inhalts, die aber am schicklichsten gesondert zusammengestellt wurden, weil sie zum Theil sich auf Verhältnisse beziehen, welche den Antiquitäten anheim gefallen sind.

Zu a.

Der Bürge übernimmt, dem Gläubiger dasselbe zu leisten, was dieser von dem Hauptschuldner fordern könnte. Der Bürge kann demnach auch die Bürgschaft Niemandem andern, als dem Gläubiger leisten.

Daraus folgt, dass, wenn des Titius und des Sempronius, beiden gemeinschaftlich gehörender Sclave dem Titius etwas stipulirt, und alsdann einen Bürgen für die Schuld erhält, welcher die Zahlung dem Titius oder dem Sempronius zu leisten verspricht, dadurch der Sempronius kein Klagerecht gegen den Bürgen erhält. Ein solches alternatives Zahlungsversprechen hat nur die Wirkung, dass der Bürge ermächtigt wird, nach seiner Bequemlichkeit an den Titius oder Sempronius zu zahlen, so lange Titius nicht selbst die Schuld von dem Bürgen eingefordert hat, und bereits die litis contestatio erfolgt ist.

Man vergl. l. 16. pr.

„Fidejussor obligari non potest ei, apud quem reus promittendi obligatus non est. Quare (si) servus communis Titii et Sempronii nominatim Titio dari stipulatus fuerit et fidejussorem ita interrogaverit, „Titio aut Sempronio id dare spondes?“ Titius quidem petere a fidejussore poterit: Sempronii vero persona in hoc solum interposita videbitur, ut solvi ei ante litem contestatam, et ignorante vel invito Titio, possit.“

Hiermit ist zu verbinden l. 23.

„Si „mihi aut Titio decem?“ stipulatus fuerim, Titius fidejussorem accipere non potest, quia solutionis tantum causa adjectus est.“ Nicht Titius ist in diesem Falle Gläubiger. Blos die Zahlung ist an denselben gewiesen, insofern der Schuldner nicht vorziehen sollte, an den stipulator selbst zu zahlen, und darum kann Titius keinen Bürgen in Betreff dieser Schuld bekommen.

Eine Schuld, die unter einer unmöglichen Bedingung contrahirt wird, ist keine Schuld. Wo keine Schuld ist, kann auch kein Bürge sein. Man sehe

„l. 29. Si sub impossibili conditione stipulatus sim, fidejussor adhiberi non potest.“

Man vergl. *Gajus lib. III.* §. 98.

„Item si quis sub ea conditione stipuletur, quae exsistere non potest, uti si digito caelum tetigerit, inutilis est stipulatio.“

Dasselbe gilt von dem Falle, wo die Hauptschuld erloschen ist.

„l. 37. Si quis, postquam tempore transactus liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur: quoniam erroris fidejussio nulla est.“

„l. 47. pr. Si debitori deportatio irrogata est, non posse

pro eo debitorem accipi, scribit Julianus: quasi tota obligatio contra eum extincta sit."

Des Schuldners Verbindlichkeit war auf den Fiscus, gleichsam als auf des ersteren succedirenden Erben übergegangen. Für den Schuldner, der nicht mehr Schuldner war, konnte also auch keine Bürgschaft eingegangen werden. Wer sich für eine solche Schuld verbürgen wollte, konnte diess nur thun, indem er für den Fiscus Bürgschaft leistete. (Man vergleiche bei dieser Stelle die Glosse.)

Für diejenige Schuld, für welche ein Bürge eingetreten ist, hat der Hauptschuldner noch überdies Pfand gegeben. Der Gläubiger ist hierbei hintergangen, es ist ihm z. B. eine dem Schuldner nicht gehörige Sache von diesem statt Pfand gegeben worden. Der Gläubiger belangt den Schuldner auf das „id quod interest pignoratitia actione." In wieviel auch der Schuldner condemnirt werde, den Bürgen kann diess nicht treffen, der nicht für das Pfand, sondern nur für die Schuld Gewähr zu leisten übernommen hat. Man vergl. „l. 54. Si in pignore contrahendo deceptus sit creditor qui fidejussorem pro mutuo accepit, agit contraria pignoratitia actione: in quam actionem veniet, quod interest creditoris. Sed ea actio fidejussorem onerare non poterit: non enim pro pignore sed pro pecunia mutua fidem suam obliget."

Ferner: „l. 56. pr. Si quis pro eo, qui libertus non esset, et operas praestaturum se jurasset, fidejussor erit, non tenebitur."

Da der vermeintliche libertus nicht gehalten war, weil er nur unter der irrigen Voraussetzung, dass er ein Libertus sei, sich verbindlich gemacht hatte, so konnte auch Derjenige nicht gehalten sein, der für ihn als Bürge eingetreten war. Hierzu kommt im vorliegenden Falle, dass für persönliche Leistungen eines Anderen überhaupt Niemand als Bürge eintreten kann.

Der Bürge, welcher dafür Gewähr geleistet, dass der Staat keinen Verlust durch die Amtsführung eines Magistrats leiden solle, hat damit nicht übernommen, für Geldstrafen zu haften, die dem Magistrate möchten auferlegt werden.

„l. 68. pr. Fidejussores Magistratuum in poenam vel multam, quam non spopondissent, non debere conveniri decrevit."

Ein furiosus kann sich nicht vertragsmässig verbindlich machen. Also kann auch kein Bürge für des furiosi vertragsmässig übernommene Verbindlichkeit eintreten. Re aber kann ein furiosus verbindlich werden, z. B. dem negotiorum gestor. In soweit kann also auch eine Bürgschaft für ihn stattfinden.

„l. 70. §. 4. Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fidejussorem accipere certum est: quia non solum ipsa stipulatio nulla intercessisset, sed ne negotium quidem ullum gestum intelligitur. Quod si pro furioso jure obligato fidejussorem accepero, tenetur fidejussor."

Zu b.

Für das, wozu Jemand in Folge eines Delicts pecuniär gehalten werden kann, ist Bürgschaft zulässig.

„l. 8. §. 5. Sed et si ex delicto oriatur actio, magis putamus teneri fidejussorem." Eben so l. 56. §. 3.

„Pro furti actione fidejussor accipi potest. Item pro eo, qui in legem Aquiliam commisit. Diversa causa est popularium actionum."

Die Schlussworte bedürfen einer Erläuterung.

Wo kein Gläubiger ist, kann auch kein Bürge sein. Da nun aber „actionem popularem quicunque e populo" anstellen kann, so kann auch kein Einziger aus dem Volke sich in einem solchen Falle als Gläubiger prädiciren. Erst mit eingetretener litis contestatio wird der Kläger Gläubiger, denn von nun an hat allein er und kein Anderer das Recht, die Strafe einzutreiben. Dass ein Bürge alsdann eintreten könne, möchte nicht zu bezweifeln sein.

Hiermit ist zu verbinden:

„l. 70. §. 5. Id quod vulgo dictum est, maleficiorum fidejussorem accipi non posse, non sic intelligi debet, ut in poenam furti is, cui furtum factum est, fidejussorem accipere non possit, (nam poenas ob maleficia solvi magna ratio suadet) sed ita potius, ut quis cum alio, cum quo furtum admisit, in partem, quam ex furto sibi restitui desiderat, fidejussorem obligare non possit, et qui alieno hortatu ad furtum faciendum provectus est, ne in furti poena ab eo qui hortatus est, fidejussorem accipere possit. In quibus casibus illa ratio impedit fidejussorem obligari, quia scilicet in nullam rationem adhibetur fidejussor, cum flagitiosae rei societas coita nullam vim habet."

Man kann ferner Bürgschaft für einen Sclaven leisten; denn naturalis obligatio findet auch in der Person des Sclaven statt, selbst in Verhältniss zu dem Herrn, und in sofern ist es gleichgültig, ob der Sclave ein peculium hat oder nicht. Wenn ich aber für den dominus Bürge hinsichtlich dessen werde, was dieser gehalten sein könnte, aus des Sclaven peculium zu zahlen, so ist meine Verbindlichkeit, wie die Hauptverbindlichkeit, wirksam nur bis zu dem Betrage, welchen „rei judicatae tempore" das peculium erreicht.

Man vergl. hiermit l. 35.

„Cum fidejubeat aliquis pro servo, in solidum tenetur, etiam si nihil in peculio sit: plane si pro domino fidejubeat, cum quo de peculio est: dumtaxat de peculio tenebitur, quod tunc erit, cum res judicatur."

„l. 70. §. 3. Adeo a servo potest fidejussor accipi, ut ipse quoque dominus in id, quod sibi debetur, fidejussorem ab eo recte accipiat: quem fidejussorem etiam ab eo ipso servo interrogari nihil impedit."

„l. 53. Capitis postulanti fidejussores, ex contractu citra ullam praescriptionem a creditore, qui reum postulavit, recte conveniuntur."

Die Stelle lässt sich nicht besser erklären, als mit den Worten der Glosse: „Habebam reum quendam in centum et fidejussores pro eo; accusavi reum crimine capitali: et sic non potuit mihi solvere, quia condemnatus fuit; volo convenire fidejussores ejus: ipsi respondent mihi: Amice, per te factum est, quod reus non solvit tibi, quia eum fecisti condemnari de crimine capitali: quare non volumus tibi solvere. Quaeritur, an fidejussores bene excipiant? Respondeo quod non: quia ego bene feci istum accusando: interest enim reipublicae, ne maleficia remaneant impunita."

Wenn ein Pächter einen Bürgen stellt, so ist die Bürgschaft gültig, und zwar für jeden der gefällig werdenden Pachttermine.

„l. 50. pr. Si a colono stipulatus, fidejussorem accepi: una stipulatio est plurium pensionum. Et ideo in universis pensionibus fidejussor tenetur."

Zu c.

Ein filius-familias kann sich für den Vater verbürgen; denn er ist in Hinsicht auf dritte Personen ein selbstständiger Mensch. Allein, welche Wirkungen vermag eine solche Bürgschaft hervorzubringen, da der filius-familias als solcher nichts Eigenes hat, seine Vermögensrechte in denen des Vaters aufgehen, und in sofern, wenn der Sohn sich für den Vater verbürgt, das Verhältniss sich eben so zu gestalten scheint, als wenn ein Schuldner Bürgschaft für die eigne Schuld leisten wollte? So wahr dies ist, hat eine solche Bürgschaft dennoch rechtliche Wirkungen.

Erstlich kann man den Sohn aus der Bürgschaft belangen, auch wenn er noch unter der väterlichen Gewalt ist, und obschon, so lange diese fortdauert, keine actio judicati, keine Execution dessen gegen ihn verhangen werden kann, was er zu zahlen condemnirt worden, so tritt doch die Möglichkeit, actionem judicati gegen ihn anzustellen, alsdann ein, wenn die väterliche Gewalt durch Emancipation, oder durch des Vaters Tod erloschen ist. Als Object der Execution dient aber nur dasjenige Vermögen, welches von dem Vater auf den Sohn übergegangen ist, (man vergl. l. 5. pr. quod cum eo und l. 2. ibid. — 14. 5. —); was der Römische Sprachgebrauch mit den Worten bezeichnet: „tenetur in id quod facere potest."

Der fortdauernden väterlichen Gewalt ungeachtet kann jedoch aus einer solchen Bürgschaft, wenn schon nicht gegen den Sohn, wohl aber gegen den Vater geklagt werden,

a. wenn der Sohn jussu patris Bürgschaft geleistet hat;

b. wenn versio in rem patris stattgefunden, d. h. wenn die Summe, für welche der filius-familias Bürgschaft geleistet hat, in des Vaters Vermögen übergegangen ist.

Auch der Sohn kann gegen den Vater aus einer solchen Bürgschaft mandati oder negotiorum gestorum klagen, wenn

a. der Sohn gezahlt hat, nachdem er emancipirt worden, oder

b. wenn er aus dem peculio castrensi gezahlt hat, in Beziehung auf welches er dem Vater selbstständig gegenüber gestellt ist.

Man vergl. l. 10. §. 2.

„Filius-familias pro patre poterit fidejubere; nec erit sine effectu haec fidejussio, primo quidem quod sui juris effectus poterit teneri in id, quod facere potest: deinde, quod et dum in potestate manet, condemnari potest. Sed an pater ex hac caussa „quod jussu," teneatur, videamus? et puto ad omnes contractus „quod jussu" etiam referri. Sed si ignorante patre pro eo fidejusserit, cessat ista actio: tamen quasi in rem patris versum sit potest agi cum patre. Plane si (is) emancipatus solverit, utilis ei actio debebit competere. In potestate enim manenti eadem actio competit, nisi de peculio castrensi pro patre solverit."

Ein anderer Fall:

Ein Sohn hat „contra Senatusconsultum Macedonianum" geborgt. Er stirbt, und sein Vater stellt Bürgen für diese Schuld. Das ist ein wirkungsloses Unternehmen. Denn der Vater ist weder jure civili noch honorario gehalten, zu zahlen, was der Sohn gegen das Senatusconsultum geborgt hat. Wo aber keine Hauptverbindlichkeit ist, da kann auch keine Bürgschaft eintreten.

Hat man dagegen mit einem Sohne, der ein peculium hat, in der Maasse contrahirt, dass der Vater gehalten werden kann, aus dem peculio zu zahlen, so steht nichts im Wege, dass der Vater für eine von dem Sohne so contrahirte Schuld Bürgen stelle.

Man vergl. l. 11. und l. 12.

„Qui contra Senatusconsultum filio-familias crediderit: mortuo eo, fidejussorem a patre accipere non potest: quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet; nec est ulla hereditas, cujus nomine fidejussores obligari possent."

„Plane ejus actionis nomine: quae de peculio adversus eum competit, fidejussor recte accipitur."

Ein Sclave hat ohne des Herrn Wissen und Genehmigung Bürgschaft geleistet. Quod jussu kann also der Herr nicht gehalten sein. Gesezt aber nun, der Sclave hat Zahlung geleistet? l. 19. behandelt diese Frage nach verschiedenen casuisti-

schen Voraussetzungen. „Servus inscio domino pro quodam fidejusserat et eo nomine pecuniam solverat. Quaerebatur dominus possetne ab eo, cui soluta esset repetere? Respondit: interest, quo nomine fidejusserit. Nam si ex causa peculiari fidejussit, tunc id, quod ex peculio solverit, repetere dominus non poterit; quod ex dominica causa solverit, vindicabitur: si vero extra causam peculii fidejusserit, quod ex pecunia dominica solverit, aeque vindicabitur; quod ex peculio, condici poterit.“

Die Stelle wird schwierig durch den wechselnden Gebrauch des Wortes causa, das in causa peculiari und in causa dominica nicht dasselbe bezeichnet Dort ist causa gleichbedeutend mit negotium, hier mit res (Vermögen). Die Basiliken übersetzen in dieser Stelle causa peculiaris mit *αἰτία τοῦ πεκουλίου* und causa dominica mit *ἐὰν δὲ ἐκ τῶν ἐμῶν ἔδωκεν*.

Hat der Sclave ex causa peculiari Bürgschaft geleistet, so ist die Bürgschaft gültig; wenn aber der Sclave nicht aus dem Peculiargut, sondern e re dominica Zahlung geleistet hat, so stellt der dominus die vindicatio an, insofern das Gezahlte noch in natura vorhanden.

„l. 20. Sed (et) si servi dominus pecuniam solverit, repetere eum non ab eo, pro quo fidejussit, sed ab eo, cui numeravit, poterit: cum servus fidejussionis nomine obligari non possit. Sequitur ergo ut ab eo, pro quo fidejusserat, repeti non posset: cum ipse aere alieno obligatus sit, nec solutione liberari ejus pecuniae nomine potuerit, cujus obligatio ad servum non pertinuit.“

Hier ist das „quum servus fidejussionis nomine obligari non possit“ von der obligatio civilis zu verstehen. Die Bürgschaft des Sclaven, insofern sie nicht hinsichtlich der rei peculiaris eingegangen worden, hat der Herr nicht zu agnosciren. Darum hat der Herr condict. indebiti, wenn er gezahlt, was der Sclave als Bürge schuldig geworden. Und da der Herr gegen den Gläubiger, welcher von ihm Zahlung erhalten, condict. hat, so ist der Schuldner nicht liberirt, und darum auch nicht schuldig, dem Herrn des Sclaven zu erstatten, was derselbe in Folge der Bürgschaft des Sclaven gezahlt hat.

„l. 47. §. 1. Si filius in causa peculiari ita fidejussorem acceperit, quantam pecuniam credidero fide tua esse jubes? et emancipatus credat: patri quidem, si non est reus obligatus, non tenebitur; filio vero, humanitatis intuitu, obnoxius esse debet.“

Der Sohn hat in causa peculiari für erst noch zu creditirende Summen einen Bürgen erhalten. Er bewirkt aber das Geschäft, nachdem er emancipirt worden, und also nun nicht mehr in causa peculiari. Der Bürge ist demohngeachtet aus der Bürgschaft dem Sohne gehalten. Ausnahmsweise könnte

der Bürge dem Vater gehalten sein, wenn diesem der Hauptschuldner gehalten wäre.

Hierher gehört auch „l. 56. §. 1. Item si filius a patre, vel servus a domino stipuletur nec fidejussor acceptus tenetur, quia non potest pro eodem et eidem esse obligatus. Ex diverso ergo patre a filio, vel domino a servo stipulato fidejussor acceptus tenetur.“

Wenn der Hausherr dem Sohne oder Sclaven etwas versprochen hatte, so konnte dafür kein Bürge eintreten. Denn der Schuldner selbst — der Vater — hätte den Bürgen auf die Zahlung belangen müssen. Umgekehrt kann für den Sohn oder den Sclaven sich Jemand dem patri-familias verbürgen, denn die Hauptchuld beruht in obligatione naturali, und in einem solchen Falle klagt nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger gegen den Bürgen.

§. 6.

Zu Num. 6.

Der Verfasser erwartet den Einwand, dass der vorstehende Satz entbehrlich gewesen wäre, da ohnehin eine jede Regel ausnahmslos gilt, sobald Ausnahmen sich nicht besonders nachweisen lassen. Für den Zweck des vorliegenden Werkes war er schon dadurch empfehlenswerth, dass er Gelegenheit giebt, mehrere nicht uninteressante Stellen casuistischen Inhalts damit zu verbinden.

„l. 65. Sicut reus principalis non alias, quam si de sua persona promittat, obligatur: ita fidejussores non alias tenentur, quam si se quid daturos vel facturos promittant. Nam reum principalem daturum vel facturum aliquid frustra promittunt: quia factum alienum inutiliter promittitur.“

Sobald wir von der Stipulation absehen, würde eine solche Zusage verbindend oder nicht verbindend sein, je nachdem darinne die Absicht vorliegt oder nicht vorliegt, für dasjenige einzustehen, was der Hauptschuldner zu leisten unterlassen möchte.

„l. 41. pr. Si fidejussores in id accepti sunt, quod a curatore servari non possit; et post impletam legitimam aetatem, tam ab ipso curatore, quam ab heredibus ejus solidum servari potuit; et cessante eo, qui pupillus fuit, solvendo esse desierit: non temere utilem in fidejussores actionem competere.“

Die den Vormündern und Curatoren obliegenden, mittelst des tutelae judicii geltend zu machenden Verbindlichkeiten pflegten eine besondere Sicherstellung zu finden durch die „stipulatio rem pupilli salvam fore,“ die sowohl von dem tutor als auch von dem protutor und von Bürgen geleistet werden konnte, die der eine oder der andere gestellt hatte. Wenn der Pupill durch Abwesenheit oder weil er noch nicht sprechen konnte, behindert war, die Stipulation selbst zu vollziehen, so konnte Jemand anders dies an seiner Statt thun und

zu dem Ende sogar ein servus publicus auf Anordnung des Praetors eintreten. Da nun aber der Pupill durch die Stipulation eines Dritten nach strengem Rechte nichts erwerben konnte, so war es eine actio utilis — eine aus einleuchtenden Gründen der Billigkeit die Grundsätze des strengen Rechtes umgehende Klage — die auf solche Weise für den Pupillen begründet wurde. Man sehe Rem pupilli s. f. (46. 6.)

„l. 1. Cum pupillo rem salvam fore satisdatum sit, agi ex ea tunc potest, quum et tutelae potest."

„l. 2. Si pupillus absens sit, vel fari non possit: servus ejus stipulabitur. Si servum non habeat: emendus ei servus est, sed si non sit unde ematur, aut non sit expedita emtio: profecto dicemus servum publicum apud praetorem stipulari debere."

„l. 3. Aut dare aliquem praetor debet, cui caveatur."

„l. 4. pr. Non quasi ipso jure pupillo adquirat (neque enim adquirit) sed utilis actio ex stipulatu pupillo detur. §. 1. Cavetur autem pupillo hac stipulatione per satisdationem: §. 2. Illud sciendum est, hac stipulatione teneri tam eum qui tutor est, quam eum, qui pro tutore negotia gessit, vel gerat, et fidejussores eorum."

„l. 6. Servum pupilli stipulari ita necesse est, si pupillus abest, aut fari non potest. Nam si praesens sit et fari potest; etiam si ejus aetatis erit, ut non intelligat, quid agat: tamen propter utilitatem receptum est recte eum stipulari."

„l. 9. Cum pupillus a tutore stipulatur rem salvam fore: non solum quae in patrimonio habet, sed etiam quae in nominibus sunt, ea stipulatione videntur contineri. Quod enim in tutelae judicium venit, hoc et ea stipulatione continetur."

Sobald von dem Vormunde nicht geleistet wurde, was er tutelae judicio zu leisten hatte, war die Klage aus der Stipulation gegen die Fidejussoren statthaft. Wenn nun aber auch res salva erat, insofern als körperlich herauszugebende Dinge sich vorhanden fanden, und somit herausgegeben werden k o n n t e n, liess sich dennoch diess der Klage nicht entgegenstellen, denn die Stipulation ging dahin: rem salvam fore p u p i l l o und dem P u p i l l e n war nicht salvirt, was dieser nicht erhielt, es mochte der Substanz nach vorhanden sein oder nicht.

Dafern nun aber (und diesen Fall behandelt l. 41. pr. —) die Bürgen nicht garantirt haben, rem pupillo salvam fore, wohl aber dasjenige, „quod a curatore s e r v a r i n o n p o s s i t" und bei gehörig angewendeter Sorgsamkeit und wenn der gewesene Pupill die Sache nicht hätte hinhängen lassen, res servari potuisset; alsdann würde es eine Temerität sein, gedachte utilis actio zu gestatten. Und dies ist es, was l. 41. pr. besagt: non temere utilem in fidejussores actionem competere.

„l. 44. Stipulatus es, opus arbitratu tuo ante certam diem fieri: quod si effectum non esset, quanti, ut efficiatur opus, locasses, tanti fidejussores cepisti: et quia opus effectum non erat, alii locasti: et cum posterior conductor satis non daret, ipse opus fecisti. Quaero, an fidejussor teneatur? Respondit: secundum ea verba stipulationis, quae a te proposita sunt, fidejussores non tenentur. Non enim id fecisti, quod in stipulatione convenerat; id est opus alii non locasti, tametsi postea locasti: ea enim locatio, quam secutus es, perinde est, ac si interposita non esset, etsi statim tu opus facere coepisses."

Jemand hatte ein opus verdungen, und der Conductor sich mittelst der Stipulation verbindlich gemacht, dass dasselbe zu des Locators Adprobation innerhalb eines bestimmten Termins solle fertig werden; im entgegengesetzten Falle sollte der Locator berechtigt sein, einen andern Conductor eintreten zu lassen, und der frühere schuldig sein, dem andern Conductor das Accords-Quantum zu bezahlen. Für diese Verbindlichkeit waren Bürgen gestellt worden. Der Fall trat ein, dass der Locator sich einen andern Conductor nehmen musste, von dem jedoch die erforderte Sicherheit nicht bestellt wurde, weshalb denn der Locator nunmehr das opus selbst herstellte. Der Fall ist nicht geeignet, die Bürgen des ersterwähnten Conductors in Anspruch zu nehmen. Denn die anderweite locatio ist so gut als nicht geschehen. Sie ist nur beabsichtigt, nicht ausgeführt worden, das Verhältniss eben so zu beurtheilen, als wenn der Locator sich unverzüglich selbst an die Ausführung gemacht hätte.

„l. 52. pr. Amissi ruina pignoris damnum tam fidejussoris, quam rei promittendi periculum spectat: nec ad rem pertinebit, fidejussor ita sit acceptus, „Quanto minus ex pretio pignoris servari potuerit:" istis enim verbis etiam totum contineri convenit."

Der zufällige Untergang der Pfänder, durch deren Verkauf der Gläubiger die Hauptschuld hätte tilgen können, wirkt natürlich auf den Bürgen eben so gut, als auf den Hauptschuldner zurück. Denn es fällt eine Möglichkeit weg, ohne Zahlung liberirt zu werden. Gesetzt nun aber, der Bürge hätte sich zu dem verbindlich gemacht, „was nicht mittelst Verkaufs der Pfänder gedeckt werden sollte;" kann unter solchen Umständen gegen den Bürgen, der — wie es scheinen könnte, — jenen Worten nach nicht zu Zahlung der vollen Hauptschuld verpflichtet werden wollte, auf das Ganze geklagt werden? Papinian bejaht es.

Keiner besondern Erörterung bedarf:

„l. 54. Si in pignore contrahendo deceptus sit creditor, qui fidejussorem pro mutuo accepit, agit contraria pigneraticia actione: in quam actionem veniet, quod interest, credito-

ris. Sed ea actio fidejussorem onerare non poterit: non enim pro pignore, sed pro pecunia mutua fidem suam obliget."

Eben so l. 68. pr.

„Fidejussores magistratuum in poenam vel multam, quam non spopondissent, non debere conveniri decrevit."

„l. 58. pr. Si a colono stipulatus fidejussorem accepi: una stipulatio est plurium pensionum. Et ideo in universis pensionibus fidejussor tenetur."

Wer Bürge für einen Hauptschuldner wird, der gleichmässig in bestimmten Zeiträumen gefällig werdende Zahlungen zu entrichten hat, dessen accessorische Verbindlichkeit erstreckt sich auf jede solche Zahlung.

„l. 58. §. 1. Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fidejussoris durat obligatio: veluti si moram fecit in Sticho solvendo, et is decessit."

Der Hauptschuldner hatte einen körperlichen Gegenstand zu leisten, dessen, vor eingetretener mora sich ereignender, Untergang ihn liberirt haben würde. Für die Leistung war ein Bürge gegeben worden. Wenn aber der Untergang der Sache nach eingetretener mora sich ereignet, und nun der Hauptschuldner zu dem id, quod interest gehalten wird, so bezieht man auch darauf des Bürgen Verbindlichkeit, ganz so, wie es in l. 56. §. 2. heisst: „in omnem enim causam acceptus videtur; quae ex (eo negotio) oriri possit." Der übrige Inhalt der letzerwähnten Stelle wird in Verbindung mit der Lehre von dem mutuo erörtert werden.

Noch sind in diesem Zusammenhange folgende Gesetzstellen zu erwähnen:

„l. 52. §. 2. Fidejussores a colonis datos, etiam ob pecuniam dotis praediorum teneri convenit: cum ea quoque species locationis vinculum ad se trahat. Nec mutat, confestim, an interjecto tempore fidem suam adstrinxerunt."

Pecunia dotis ist soviel als aestimatio dotis und unter dos fundi sind die zu Bewirthschaftung eines ländlichen Grundstückes erforderlichen, in dem vorliegenden Falle dem Pachter nach vorhergegangener Würderung pachtweise mit übergebenen Geräthschaften zu verstehen. Alsdann ist die aus dem Pachte den Pachter treffende Verbindlichkeit auch mit auf Gewährung des taxmässigen Werthes solcher Inventarienstücke bei dereinstiger Pachtrückgabe zu erstrecken („ea quoque species vinculum locationis ad se trahit.) Daraus folgt, dass, wer im Allgemeinen für den Pachter Bürgschaft leistet, gleichviel, ob sofort bei Antretung des Pachtes oder später, nachdem schon die Pachtung angetreten worden, auch in nurgedachter Beziehung für den Pachter einzustehen hat.

„l. 68. §. 1. Pro Aurelio Romulo conductore vectigalis centum annua Petronius Thallus et alii fidejusserant. Bona Romuli fiscus ut obligata sibi occupaverat, et conveniebat

fidejussores tam in sortem, quam in usuras; qui deprecabantur: lecta subscriptione fidejussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem conductionem: decrevit fidejussores in usuras non teneri; sed, quidquid ex bonis fuisset redactum, prius in usuras cedere, reliquum in sortem; et ita in id, quod defuisset, fidejussores conveniendos, exemplo pignorum a creditore distractorum."

Von den Zufälligkeiten des darinne erörterten Falls entkleidet, sagt das Gesetz weiter nichts, als was l. 10. §. pr. C. allgemein ausspricht: dass der Bürge nicht auf versprochene Zinsen belangt werden kann, die der Hauptschuldner unberichtigt gelassen, wenn die Bürgschaft bloss auf die Capitalschuld erstreckt worden. Ein Zollpächter hatte Bürgen gestellt. Er blieb mit den Pachtgeldern in Rückstand, und der Fiscus verschritt zu Beschlagnahme seiner Güter, indem er zugleich die Pachtgelder nebst Zinsen von den Bürgen forderte. Diese zu bezahlen weigerten sich die Bürgen, und die schriftlich errichtete Bürgschaft enthielt nichts davon, dass die Bürgen auch für Zinsen zu haften übernommen hätten. Daher sollten sie auch dafür nicht haften. Dagegen konnte aber der Fiscus seinerseits sich durch Verkauf der Güter des Pachters zu decken suchen, konnte den Erlös erst auf die Zinsen abrechnen und, insofern der Rest nicht ausreichte, das Capital zu decken, die Bürgen zu dessen, aber auch nur zu dessen Berichtigung anhalten.

„l. 63. Inter creditricem et debitorem pactum intercesserat, ut, si centum, quae mutua dederit, ubi prima petita fuissent, non solverentur, ornamenta pignori data, intra certum tempus liceret ei vendere: et si quo minoris venissent, quam quod sortis vel usurarum nomine deberetur, id creditrici redderetur; et fidejussor acceptus est. Quaesitum est, an fidejussor in universam summam obligari potuerit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, teneri fidejussorem in id quod minus ex pignoribus venditis redactum esset."

Die A hatte dem B geborgt und einen Bürgen erhalten. Gläubigerin und Schuldner machten dann unter einander aus: dass a) wenn das Darlehn nicht sofort auf Erfordern würde zurückgezahlt werden, die Gläubigerin sollte befugt sein, erhaltene Pfänder binnen einer gewissen Zeit zu verkaufen und dass b), falls aus dem Verkaufe der Pfänder nicht genug gelösst würde, um Capital und Zinsen zu tilgen, die gelösste Summe an die Schuldnerin sollte ausgeantwortet werden.

Auf diese Weise hatte die Gläubigerin aus dem Verkaufe der Pfänder gar nichts behalten. Konnte sie nun den Bürgen auf die volle Schuld belangen oder musste sie gegen den Bürgen als getilgt auf die Schuld sich abrechnen lassen, was der Verkauf der Pfänder getragen katte, obschon vertragsmässig der Erlös nicht in der Gläubigerin Händen geblieben war?

Der Jurist bejaht diess. Denn der Bürge haftet ja nur und will nur haften für die unberichtigt gebliebene Schuld. In dem vorliegenden Falle wäre aber die Verbindlichkeit durch den Verkauf der Pfänder zum Theil getilgt gewesen, wenn nicht durch ein Uebereinkommen, an dem der Bürge keinen Antheil genommen hatte, diese Wirkung des Verkaufs der Pfänder wäre vereitelt worden.

Ein anderes Beispiel, wie der Bürge nicht unter einseitigem Uebereinkommen des Hauptschuldners und des Gläubigers leiden dürfe, haben wir in l. 71. §. 1.

„Si ponamus unum ex reis promittendi pactum esse, ne a se peteretur, deinde mandatorem solvisse: mandati judicio convenire potuit etiam eum, cum quo pactus est. Non enim pactum creditoris tollit alienam actionem.“

Solidarische Schuldner hatten einen Bürgen gestellt. Wenn auch der Gläubiger mit Einem derselben übereinkommt, nicht gegen ihn zu klagen, so kann doch der Bürge, wenn er die Schuld berichtiget, auch gegen diesen Schuldner regrediren. Denn der Auftrag, für die Schuld einzustehen, ist in Hinsicht auf Keinen der Schuldner aufgehoben worden.

„l. 73. Cum procurator in rem ageret, cautionem dederat, ratam rem dominum habiturum; postea victo eo, dominus reversus, iterum de eadem re agitabat; et cum reus haberet possessionem, (et) nollet eam restituere, ideo magno condemnatus est: in amplius fidejussores non tenentur. Hoc enim non debet imputari fidejussoribus, quod ille propter suam poenam praestitit.“

Des abwesenden A Procurator hatte gegen den im Besitz befindlichen B eine Realklage, z. B. auf Abtretung eines fundi, erhoben und zugleich mittelst Bürgen cautionem rati geleistet. Der Beklagte obtinirt in dem Prozesse. Allein bei der Rückkehr ratihabirte A nicht. Nun fing der Prozess von Neuem an und zwar mit Erfolg für A. Das Eigenthum ward ihm zugesprochen, und der Beklagte, welcher demohngeachtet die Herausgabe verweigerte, nunmehr auch in das id quod interest verurtheilt. (fructuum, omnisque causae condemnatio fiebat l. 68. D. de R. V. VI. I.) Dafür stehen ihm die Bürgen nicht ein. Diese haben nur die Gewähr geleistet, dass A nicht vermittelst anderweiter Klage das Grundstück von dem B fordern werde, nicht aber haben sie versprochen, den B schadlos zu halten für die Folgen von Handlungen, die ein Ausfluss seiner einseitigen Willkühr sind. Die Bürgen haften also in dem erwähnten Falle nur für die aestimatio fundi.

§. 7.
zu Num. 7.

„l. 4. §. 1. Fidejussor et ipse obligatur et heredem obligatum relinquit, cum rei locum obtineat.“

„l. 27. §. 3. Sicut ipsi fidejussori ita heredibus ejus succurrendum Pomponius scribit.“

Nach heutigen Ansichten, welche gewohnt sind, es als etwas sich von selbst Verstehendes zu betrachten, dass Obligationen, deren Object eine Zahlung ist, in passiver wie in activer Beziehung auf die Erben übergehen, scheint die Bemerkung in l. 4. §. 1. und l. 27. §. 3. cit. fast eine Trivialität. Doch kann ein solcher Vorwurf nicht die Römischen Juristen treffen, da ein rechtlicher Unterschied zwischen Sponsoren und Fidepromissoren einer- und den Fidejussoren andererseits darin bestand, dass jene nur für ihre Person, auch, nach einer lex Furia, überhaupt nur auf ein Jahr und zwar ipso jure divisa obligatione gehalten werden konnten, mit der einzigen Ausnahme, dass der fidepromissor peregrinus die Verbindlichkeit auch auf die Erben transmittirte, insoferne diess Rechtens war in der civitas, welcher er angehörte. Man vrgl. *Gajus Comm. Inst. lib. III.* §. 120—121. „Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus, et alio jure civitas ejus utatur. Fidejussoris autem etiam heres tenetur. Item sponsores et fidepromissores lege Furia biennio liberantur; et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes deducitur inter eos obligatio et singuli viriles partes * * * * * *. Fidejussores vero perpetuo tenentur; et quotquot erunt numero singuli in solidum obligantur. Itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere.“

Statt Erben zu setzen Universalsuccessoren fand sich der Verfasser veranlasst durch l. 51. §. 5. „Bonis damnati fidejussoris fisco vindicatis, inter fidejussores actio postea si dividi coeperit, ut heredis ita fisci rationem haberi oportet.“

Cap. 1. b.

Ueber das Verhältniss zwischen des Hauptschuldners und der von dem Bürgen zu übernehmenden Verbindlichkeit. *)

Erläuterungen.

Vorbemerkung.

Kaum giebt es im Römischen Rechte eine Lehre, welche mühsamer zu erörtern wäre, als diejenige, womit sich das gegenwärtige Capitel beschäftigt. Schon wenn man sich hiebei bloss auf Behandlung des Titels „de fidejussoribus et mandatoribus“ beschränkt, stösst man auf Schwierigkeiten. Man würde aber ein seltsames, augenfälligst ganz unpractisches Resultat erhalten, wollte man bei jenem Titel stehen bleiben und nicht damit die Lehre „de constituto debiti alieni“ verbinden. Diese Verbindung jedoch erhöht die Schwierigkeiten, da die fidejussio und das constitutum debiti alieni sich in Folge ganz verschiedener Grundansichten ausgebildet haben; jenes dem strengen Civilrechte, dieses dem prätorischen Edicte angehört. Um übersichtlich und klar zu werden, schien dem Verfasser angemessen, die Untersuchung in drei Abschnitten auszuführen und in dem ersten sich auf das zu beschränken, was in der von der Ueberschrift des Capitels angegebenen Beziehung der Titel „de fidejussoribus et mandatoribus“ enthält, und zugleich die hieraus gezogenen Resultate in scharf bestimmten Sätzen zusammenzudrängen, in dem zweiten Abschnitte dagegen das gleiche Verfahren in Betreff des constituti debiti alieni eintreten zu lassen und sodann in dem drit-

*) Die Sätze, welche der regelmässig beobachteten Einrichtung des Werkes nach hier folgen sollten, sind Ausnahmsweise erst gegen Ende des Capitels zu lesen. Diese Ausnahme in der Oekonomie des Werkes zu machen und jenen Sätzen dort den Platz anzuweisen, fand man sich bewogen aus Rücksicht für des Lesers grössere Bequemlichkeit, der auf diese Weise weniger weit zurückzuschlagen genöthigt wird.

ten Abschnitte, durch Vergleichung der verschiedenen Resultate des ersten und zweiten Abschnittes, dasjenige Ergebniss darzustellen, welches als eine aus der Casuistik der Pandecten abstrahirte Gesetzgebung gelten kann.

Abschnitt I.

Ueber das Verhältniss zwischen des Hauptschuldners und der von dem Bürgen zu übernehmenden Verbindlichkeit nach Anleitung des Titels „de fidejussoribus et mandatoribus."

§. 1.

Allgemeine Bemerkungen.

Wo die alten Juristen über das Verhältniss, das wir jetzt zu erörtern haben, generalisirende Bemerkungen aufstellen, beschränken sie sich meistens darauf, zu sagen, der Bürge könne zu gleichviel oder auch zu einem Wenigern verbunden werden, als es der Hauptschuldner ist, nie aber zu mehr; oder auch: der Bürge könne sich nie zu etwas verpflichten, was, mit der obligatio principalis verglichen, durior causa sein würde. Die Mehrzahl der nachstehend citirten Gesetzstellen dient dazu als Beleg. Darum hier nur zwei solcher Stellen.

Gajus lb. III. §. 126. „In eo jure quoque juris par conditio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fidejussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt; sicut in adstipulatoris persona diximus. Nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione esse potest, quam in principali re."

„l. 8. §. 7. Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur: quod si fuerint in duriorem causam adhibiti; placuit eos omnino non obligari: in leviorem plane causam accipi possunt. Propter quod in minorem summam recte fidejussor accipietur. Item accepto reo pure, ipse ex die vel sub conditione accipi potest. Enimvero si reus sub conditione sit acceptus, fidejussor pure: non obligabitur."

Diese Sätze sind nicht unrichtig. Allein sie beschränken sich auf nicht umfassend genug gezogene Abstractionen. Sie reichen nicht aus, um damit alle diejenige Casuistik gerechtfertigt zu finden, wo bald wegen der Differenz zwischen obligatio principalis und der von dem Bürgen übernommenen die Bürgschaft für unzulässig, bald, eben dieser Differenz unge-

achtet, für zulässig erachtet wird. Z. B. wer 10 Scheffel Korn zu gewähren hat, hat gewiss in dem Verhältnisse zu Dem, der 100 Thlr. — principaliter schuldig ist, ein minus zu leisten und ist nicht in duriorem causam obligirt. Dennoch kann keine Bürgschaft eingegangen werden, zufolge deren der Bürge zu einem solchen minus oder so in leviorem causam verbunden würde. Ferner, wenn der Bürge zahlungspflichtig zu Rom sein sollte, während es der Hauptschuldner zu Ephesus war, so ist die Bürgschaft null und nichtig. (Die Belege zu beiden Beispielen weiter unten.)

Es leuchtet ein, dass man hier vergeblich mit plus oder minus, durior oder levior causa zu einem genügenden Entscheidungsgrunde durchzudringen sucht.

Diese wenigen Beispiele, deren Anzahl der aufmerksame Leser aus dem Folgenden leicht vermehren kann, werden ausreichen, um die Nothwendigkeit darzuthun, sich nach einem andern höchsten Grundsatze umzusehen, in dem die einschlagende Casuistik ihre Lösung finden könne. *) Wir würden jenen höchsten Grundsatz nicht erst zu suchen brauchen, wenn in den Institutionen oder von einem alten Juristen Folgendes wäre gesagt, nicht bloss, wie es allerdings der Fall ist, angedeutet worden:

Ohne

a. Gleichartigkeit des Objectes in des Hauptschuldners und des Bürgen Verbindlichkeit und ohne

b. die Gewissheit, dass in dem Falle, wo gegen den Bürgen sollte geklagt werden, Dasselbe, was mittelst der Klage von ihm gefordert wird, auch von dem Hauptschuldner könne gefordert werden,

giebt es keine Bürgschaft.

Die Richtigkeit dieses zwiefachen Grundsatzes wird dargethan sein, sobald sich erweisen lässt, dass

I.) diejenigen Fälle, wo Abweichungen zwischen der Haupt- und bürgschaftlichen Verbindlichkeit hervortreten und letztere dennoch für zulässig gehalten wird, den obigen Grundsatz unverletzt lassen;

II.) diejenigen Fälle, wo die Bürgschaft, weil sie von der Hauptverbindlichkeit abweicht, für unstatthaft erachtet wird, gegen jenen Grundsatz verstossen;

III.) diejenigen Fälle, wo eine Bürgschaft ex post gültig wird, durchgängig darauf beruhen, dass nachträglich hinweggeräumt wird, was das Verhältniss anfänglich gegen obigen Grundsatz Verstossendes enthielt; dass

*) Auf die weitere Critik des plus und minus, der durior und levior causa wird man noch weiter unten zurückkommen.

IV.) insoferne der mehrgedachte Grundsatz nicht befolgt worden ist, diess doch nur unter Umständen geschieht, welche eine Accommodation an denselben aussprechen.

Bevor diess Alles in den nächstfolgenden 4 §§. nachgewiesen wird, erstlich eine Bemerkung, um das Vorurtheil zu beseitigen, mit dem man der Zuverlässigkeit des Resultats entgegensehen möchte. Man könnte sagen: die Richtigkeit des Grundsatzes vorausgesetzt, scheint er doch im höchsten Grade irrationell, weil seine Anwendung überaus hemmend in den freien Verkehr eingreifen würde. Denn daferne, (bei der Gleichartigkeit stehen zu bleiben, die zwischen des Hauptschuldners und des Bürgen Verbindlichkeit unerlässlich sein soll,) eine Bürgschaft nicht so soll können eingegangen werden, dass der Bürge die von dem Hauptschuldner zu zahlenden 100 Thlr. in Gestalt von 10 Scheffeln Getreide berichtigen dürfte, so werden die Bürgschaften erschwert auf eine Weise, die weder im Interesse der Parteien, noch des öffentlichen Wesens liegt.

Allein dagegen ist zu bemerken, dass es überhaupt im Charakter des ältern, doch unstreitig durch locale und nationelle Voraussestzungen genugsam begründeten, Rechtes lag, streng an der Wörtlichkeit des Vertrags und mit schärfster Consequenz an dem zu halten, was in diesem sich ausspricht. Indem der Bürge Lucius Dasjenige, was Titius schuldig war, fide sua esse jubebat, übernahm er eine accessorische Verbindlichkeit, in der Absicht die des Hauptschuldners zu vertreten. (M. vrgl. l. 1. „accedere"; l. 4. §. 1. „rei locum obtinet." Gajus l. c.) Damit ist die mit a) bezeichnete Hälfte des Satzes gerechtfertigt. Denn, streng und wörtlich genommen, kann von zweien, auf verschiedene Objecte gerichteten Verbindlichkeiten nicht eine die andere vertreten. Die Verbindlichkeit Getreide anzuschaffen, ist allemal eine andere, als die Verbindlichkeit, eine Summe zu zahlen, so gleichgültig auch für des Gläubigers Vermögensverhältnisse das pecuniäre Resultat sein kann; und da kein accessorium ohne principale denkbar ist, jenes, seinem Begriffe nach, nur in Folge der Existenz des letztern erzeugbar ist, so erscheint hierdurch auch die mit b) bezeichnete Hälfte des Satzes begründet.

Uebrigens werden wir in dem zweiten Abschnitte sehen, dass das prätorische Edict, nur in einer andern Geschäftsform als mittelst der fidejussio, dem Bürgen jede dem Verkehr nur irgend wünschenswerthe Freiheit gegeben hat.

Sodann noch ein Beispiel, in welchem die Festhaltung beider in dem obigen Grundsatze enthaltenen Voraussetzungen sich auf erläuternde Weise darthun lässt.

„l. 2. Et commodati et depositi fidejussor accipi potest: et tenetur, etiamsi apud servum vel pupillum depositum com-

modatumve fuerit: sed ita demum, si aut dolo malo aut culpa hi fecerunt, pro quibus fidejussum est."

Es hat sich Jemand für den Commodatar oder Depositar verbindlich gemacht. Wenn Commodat oder Depositum zufällig untergehen, haftet der Empfänger nicht; denn es haftet dieser in der Regel nur für den Untergang oder Verlust, den er durch ein Thun oder Unterlassen verschuldete. Darum haftet aber auch der Bürge nur für einen solchen nicht casuellen Verlust.

Wir haben hier Gleichartigkeit der Verbindlichkeit und für den Fall, dass es zu einer Klage gegen den Bürgen kommen sollte, ist im Voraus, und schon bei Eingehung der Bürgschaft gewiss, dass dieselbe Forderung auch gegen den Hauptschuldner geltend gemacht werden könnte.

§. 2.

Zu Num. I. S. 142.

1) Bürgschaft kann geleistet werden für einen Theil des Ganzen der Hauptschuld.

2) Wenn der Hauptschuldner eine Mehrheit von Sachen schuldig ist, so kann der Bürge für einzelne derselben obligat werden.

3) Die Bürgschaft kann geleistet werden:

a. bedingt für die unbedingte Hauptschuld;
b. unter derselben Bedingung mit der Hauptschuld;
c. unter der nämlichen und zugleich noch einer andern Bedingung;
d. so, dass die Gültigkeit der Bürgschaft von dem Eintritte eines Termins abhängig gemacht wird.

4) Die Bürgschaft kann geleistet werden für die alternativ gegen den Hauptschuldner in des Gläubigers Wahl gestellte Verbindlichkeit, also dass dem Bürgen die Wahl bleibt.

Zu 1.

„l. 8. §. 7. Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur: quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit, eos omnino non obligari: in leviorem plane causam accipi possunt. Propter quod in minorem summam recte fidejussor accipietur."

Insoweit sie nicht schon in dem Obigen gegeben, wird die Kritik der Worte: „in leviorem plane causam accipi possunt" weiter unten folgen. Soviel leuchtet aber ein, dass, wenn A für die 100 Thlr., welche B schuldet, sich nur bis zu dem Betrage von 10 Thlr. verbürgt, bei dem Abschlusse der Bürgschaft die Gewissheit vorliegt, dass, wenn A auf 10 Thlr. verklagt wird, dieselbe Summe als Theil des Ganzen und somit, da die Theile allemal dem Ganzen gleichartig sind, auch von B das gleichartige Object könnte gefordert werden.

Hierhin gehört auch l. 9. „Fidejussores et in partem pecuniae et in partem rei recte accipi possunt.“

Zu 2.

„l. 8. §. 11. Sed etsi reum sic interrogavero, „Stichum et Pamphilum?“ fidejussorem: „Stichum aut Pamphilum?“ recte interrogem: quia levior fidejussoris conditio est.“

Die Anwendung des Grundsatzes in diesem Falle liegt klar vor.

Zu 3. a.

„l. 8. §. 7. Item accepto reo pure ipse (fidejussor) ex die vel sub conditione accipi potest.“

„l. 6. §. 1. Parvi refert, utrum fidejussorem obligem sub conditione.“

Es widerspricht dem Begriffe der Stellvertretung nicht, wenn man sie von einer Bedingung abhängig macht. Eine, von einer dergleichen Modification abhängig gemachte accessio hat um nichts weniger ihr principale in der Hauptschuld.

Zu 3. b. und c.

„l. 70. pr. Si a reo sub conditione fuero stipulatus, potero fidejussorem et in hanc et in aliam conditionem obligare, si modo eas conjungam: nisi enim utraque exstiterit non tenebitur, cum reus una conditione teneatur.“

Man sieht von selbst, dass, wenn der Schuldner zu zahlen hat, „si navis ex Asia redierit“ und der Bürge, „si navis ex Asia redierit et Stichus in ea reversus fuerit“ gleich anfänglich gewiss ist, dass der Bürge in keinem Falle wird in Anspruch genommen werden können, ohne dass der Hauptschuldner auf dasselbe belangt werden könnte.

Zu d.

„l. 8. §. 7. Item accepto reo pure ipse (fidejussor) ex die accipi potest.“

„l. 6. §. 1. Et parvi refert, utrum pure fidejussorem obligem, ... an ex die.“

Es gilt hier das Nämliche, was in Hinsicht auf die Bedingung gesagt worden.

Zu 4.

Den Satz bestätigt l. 8. §. 10.

„Contra autem, si is, qui hominem aut decem, utrum ipse stipulator volet, stipulatus est, recte fidejussorem ita accipiet, decem aut hominem, utrum tu voles? Fit enim (inquit) hoc modo fidejussoris conditio melior.“

Der Hauptschuldner hatte nach des Stipulators Wahl hominem aut decem, der Bürge eines oder den andern nach eigner Wahl zu geben. Was er auch leisten möge, es hätte jedenfalls auch von dem Hauptschuldner gefordert werden können.

§. 3.

Zu Num. II.

Es kann keine Bürgschaft geleistet werden:

1) unbedingt für die bedingte Hauptschuld;

2) so, dass der Bürge ein anderes Object zu zahlen schuldig wird, als der Hauptschuldner;

3) so, dass der Bürge alternativ mehrere Sachen schuldig wird, von denen nur eine einzige Gegenstand der Hauptverbindlichkeit ist;

4) für die alternative, in des Schuldners Wahl gestellte Verbindlichkeit, also, dass gegen den Bürgen die Wahl dem Gläubiger zustehe;

5) für des Hauptschuldners alternativ in dessen Wahl gegebene Verbindlichkeit, alternativ nach Wahl des Bürgen;

6) so, dass der Bürge an einem bestimmten Orte zu zahlen übernimmt, während der Hauptschuldner den Zahlungsort hätte wählen können;

7) so, dass der Bürge und Hauptschuldner an einem bestimmten, jeder aber an einem andern Orte zur Zahlung gehalten sein sollen;

8) so, dass mit der Zahlung der Bürge an eine Person, der Hauptschuldner aber an eben diese und zugleich auch noch an eine andere Person nach seiner, des Hauptschuldners, Wahl gewiesen sei.

9) Unter alternirenden Bedingungen, wenn der Hauptschuldner nur unter einer dieser Bedingungen verbindlich sein sollte.

Zu 1.

„l. 8. §. 7. . . . si reus sub conditione sit acceptus, fidejussor pure non obligabitur."

In einem solchen Falle existirte das principale noch nicht, und also konnte auch kein accessorium desselben hervorgerufen werden.

Zu 2.

Der Satz ist anerkannt in l. 42.

„Si ita fidejussorem accepero: quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse jubes? non obligatur fidejussor: quia in aliam rem, quam quae credita est, fidejussor obligari non potest: quia non ut aestimatio rerum, quae mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce numeranda est."

Bemerkenswerth ist hier, dass, wenn schon eine Quantität Getreide, sowohl objectiv als subjectiv genommen, nicht selten leichter entrichtet wird, als Geld, der Entscheidungsgrund doch nicht auf die durior oder levior obligatio gestellt wird, sondern bloss auf die Verschiedenheit des Objects. Sehr zwecklos scheint die Bemerkung zu folgen: dass Geld wohl der Repräsentant von Waaren (aestimatio rerum, quae mer-

eis nomine habentur, in pecunia numerata fieri potest), nicht aber Waare der Repräsentant von Geld sei (non pecunia merce aestimanda est). Denn auch zu Gelde, statt Waaren, könnte der Bürge nicht verbindlich gemacht werden.

Zu 3.

Den Satz bestätigt l. 8. §. 8.

„Si quis Stichum stipulatus (fuerit), et fidejussorem ita acceperit: Stichum aut decem fide tua jubes? non obligari fidejussorem Julianus ait, quia durior ejus fit conditio: utpote cum futurum sit, ut mortuo Sticho teneatur. Marcellus autem notat, non ideo tantum non obligari, quia in duriorem conditionem acceptus est, sed quia (et) in aliam potius obligationem acceptus est. Denique pro eo, qui decem promiserit, non poterit fidejussor ita accipi, ut decem aut Stichum promittat: quamvis eo casu non fit ejus durior conditio."

Der Hauptschuldner war gehalten, den Stichus zu leisten; der Bürge sollte alternativ den Stichus oder decem leisten. Die Bürgschaft ist ungültig. Bleiben wir aber bei dem Entscheidungsgrunde stehen. Allerdings würde hier der Bürge in duriorem causam obligat werden. Durch des Stichus unverschuldeten Tod könnte vollständige Befreiung des Hauptschuldners eintreten, während der Bürge immer noch hinsichtlich der unzerstörbaren Verbindlichkeit der decem obligat bliebe. Allein im Folgenden wird vom Marcellus, dessen Meinung Ulpian stillschweigend zu der seinigen macht, das von der durior causa entnommene Argument verworfen, die Ungültigkeit der Bürgschaft aber nicht bestritten. Ohnstreitig weil der Gläubiger die auf Stichus oder decem gerichtete Forderung nicht gegen den Hauptschuldner erheben könnte, dem accessorio das entsprechende principale fehlt, der Hauptschuldner nicht in derselben Position steht, in welche sich der Bürge gesetzt hat, „quia in aliam potius obligationem acceptus est." Auch setzt Marcellus selbst, unwiderlegt vom Ulpian, auseinander, wie die levior causa keinen Entscheidungsgrund abgebe, und dies mittelst folgenden Beispiels. Wenn der Hauptschuldner decem schuldig wäre, der Bürge aber decem vel Stichum versprochen hätte, so war die Bürgschaft ungültig, obschon der Bürge nicht als in duriorem causam gehalten erscheint. Denn selbst wenn Stichus umkommt, und nun der Bürge nur decem geben könnte und müsste, so leistete er immer nichts Schwereres als der Hauptschuldner. Ja man darf behaupten, dass in einem solchen Falle der Bürge nicht nur nicht durioris, sondern sogar melioris conditionis wäre. Denn besser ist allemal daran, wer nach seiner Wahl aliud pro alio geben darf, als wer keine solche Wahl hat.

Zu 4.

Den Satz bestätigt l. 8. §. 9.

„Item Julianus ait: Si is, qui hominem aut decem dari

stipulatus fuerat, fidejussorem ita acceperit: hominem aut decem, utrum ego velim? non obligabit eum, quia durior ejus conditio facta est.“

Wenn der Bürge den Stichus oder decem nach des Gläubigers Wahl zu leisten verspräche, während dem Hauptschuldner die alternative Verbindlichkeit in die eigene Wahl gegeben wäre, so würde der Bürge auf alle Fälle etwas leisten, von dem sich nicht sagen liesse, dass es der Schuldner hätte zu leisten gehabt, oder geleistet haben würde.

Zu 5.

Den Satz bestätigt l. 38. pr.

„Si Stichum aut Pamphilum stipulatus essem; utrum promissor voluisset: non possum fidejussorem ita accipere, Stichum aut Pamphilum, utrum fidejussor vellet, quia futurum esset in ejus potestate, alium velle, quam reus voluisset.“

Augenfällig ist auch hier nicht die durior causa der Entscheidungsgrund, sondern der Mangel der strengen Gewissheit, dass des Bürgen Leistung genau mit dem zusammenfalle, was der Hauptschuldner zu leisten gehabt hatte; „quia futurum esset in ejus potestate, alium velle, quam reus voluisset.“

Die Stelle ist von Marcellus, dessen strenge Consequenz wir schon oben kennen gelernt haben.

Zu 6.

Den Satz bestätigt l. 16. §. 1.

„Qui certo loco dari promisit, aliquatenus duriori conditioni obligatur, quam si pure interrogatus fuisset: nullo enim loco alio, quam in quem promisit, solvere invito stipulatore potest. Quare si reum pure interrogavero et fidejussorem cum adjectione loci accepero, non obligabitur fidejussor.“

Wenn in einem solchen Falle gegen den Bürgen geklagt würde, dass er in Ephesus zahle, so wäre vorher gewiss gewesen, dass gegen den Hauptschuldner diese Forderung nicht hätte erhoben werden können. Stellvertretung und das, was vertreten wird, accessio und principale stehen in einem Missverhältnisse, und machen die Bürgschaft ungültig.

Dasselbe gilt zu 7. nach l. 16. §. 2.

„Sed et si reus Romae constitutus, Capuae dari promiserit, fidejussor Ephesi: perinde non obligabitur fidejussor, ac si reus sub conditione promisisset, fidejussor autem in diem certam vel pure promisisset.“

Offenbar lässt sich nicht behaupten, dass es durior conditio sei, wenn der Bürge sich einen andern Zahlungsort bedungen hat, als der Hauptschuldner. In hundert Fällen wird gerade des Bürgen Bequemlichkeit die Verschiedenheit des Zahlungsortes veranlasst haben.

Zu 8.

Den Satz bestätigt l. 34.

„Hi, qui accessionis loco promittunt, in leviorem causam accipi possunt, in deteriorem non possunt. Ideo si a reo mihi stipulatus sim, a fidejussore mihi aut Titio meliorem causam esse fidejussoris Julianus putat: quia potest vel Titio solvere. Quod si a reo mihi aut Titio stipulatus, a fidejussore mihi tantum interrogem: in deteriorem causam acceptum fidejussorem Julianus ait."

Der Hauptschuldner hatte mir, der Bürge mir oder dem Titius zu zahlen versprochen. Die Bürgschaft ist gültig, denn Titius ist in einem solchen Falle nur mein Cassirer.

Man vergleiche l. 16. pr.

„Fidejussor obligari non potest ei, apud quem reus promittendi obligatus non est. Quare (si) servus communis Titii et Sempronii nominatim Titio dari stipulatus fuerit et fidejussorem ita interrogaverit: Titio aut Sempronio id dare spondes? Titius quidem petere a fidejussore poterit: Sempronii vero persona in hoc solum interposita videbitur, ut solvi ei ante litem contestatam, et ignorante vel invito Titio possit. l. 23. Si „mihi aut Titio decem?" stipulatus fuerim, Titius fidejussorem accipere non potest, quia solutionis tantum causa adjectus est."

Umgekehrt: der Hauptschuldner hatte mir oder dem Titius zu zahlen, der Bürge nur an mich. Die Bürgschaft ist ungültig; denn was ich von letzterem fordern kann, das könnte ich so nicht von dem Hauptschuldner verlangen.

Zu 9.

Hiermit ist zu verbinden l. 70. pr.

„Quodsi eas disjungam durior fit conditio fidejussoris, ... nec ob id obligabitur, quippe sive communis utriusque conditio extiterit, sive alterutra videatur adprehendi, cum reus non aliter teneatur, quam si communis extiterit; aut igitur nullo modo tenebitur fidejussor, aut, quod magis est, tenebitur, si prius extiterit communis."

Wenn der Schuldner gehalten ist: „si navis ex Asia redierit," und der Bürge, „si navis ex Asia redierit" oder „si Stichus reversus fuerit," so lässt sich nicht im Voraus bestimmen, ob er und der Schuldner obligat werden möchten. Stichus könnte zurückkehren, und der Bürge wäre gehalten, während das Schiff aussenbliebe und damit des Hauptschuldners Verbindlichkeit hinwegfiele. Allgemein ausgesprochen: der Bürge wird nicht obligat, wenn der Hauptschuldner unter einer Bedingung, der Bürge aber unter der nämlichen und alternativ noch einer andern zu zahlen soll gehalten sein.

Allein nach l. 70. §. 1. cit. kann eine solche Bürgschaft gültig werden, z. B.:

Der Hauptschuldner hat zu zahlen, „si navis ex Asia redierit;" der Bürge, „si navis ex Asia redierit aut Stichus reversus fuerit."

Wenn das Schiff aus Asien zurükkehrt, wird der Hauptschuldner obligat, und nichts verhindert, dass die Bürgschaft gültig werde. Man sehe §. 4.

§. 4.

Zu Num. III.

Eine Bürgschaft kann gültig werden:

1) wenn Hauptschuldner und Bürge, jeder bedingt, ein jeder aber unter einer andern Bedingung sich verbindlich gemacht haben, und die dem Hauptschuldner gestellte Bedingung zuerst in Erfüllung geht.

2) Wenn die Hauptschuld nicht vor Eintritt eines Termins gefordert werden kann, die Bürgschaft aber unter einer Bedingung eingegangen worden, die nach dem Termine oder gleichzeitig mit Eintritt desselben erfüllt wird.

Zu 1.

Dieser Satz retrotrahirt den Grund, aus welchem der Bürge soll verbindlich werden können, diess jedoch auf eine Weise, nach welcher in dem Augenblicke, wo die Bürgschaft als bedingte gültig wird, die Gewissheit vorliegt, dass, sobald die Klage gegen den Bürgen sollte anstellbar werden, gewiss auch gegen den debitor principalis geklagt werden könnte.

Man vergl. l. 70. §. 1.

„Sub diversis quoque conditionibus si fuerint interrogati, interest utra earum prior extiterit. Si reo injuncta, tenebitur etiam fidejussor, cum conditio ejus extiterit, tanquam si statim ab initio reus pure, fidejussor sub conditione acceptus esset. Ex diverso autem, si fidejussoris conditio prior extiterit, non tenetur: perinde ac si statim ab initio pure acceptus esset, reo sub conditione obligato.“

Zu 2.

Man vergl. l. 16. §. 5.

„Stipulatione in diem concepta, fidejussor si sub conditione acceptus fuerit, jus ejus in pendenti erit. Ut, si ante diem conditio impleta fuerit, non obligetur, si concurreret dies et conditio, vel etiam diem conditio secuta fuerit, obligetur.“

Die stipulatio war in diem concepta, d. h. die Verbindlichkeit sollte nicht vor Eintritt eines gewissen Termins klagbar sein. (Man vergl. l. 59. de V. O. und l. 5. de novat. et delegat. *)

*) Quotiens in diem vel sub conditione oleum quis stipulatur: ejus aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit: tunc enim ab eo peti potest, alioquin rei captio erit.

In diem obligatio novari potest et prius quam dies advenerit. Et generaliter constat, et stipulatione in diem facta novationem contingere: sed non statim ex ea stipulatione agi posse antequam dies venerit.

Der Bürge hat ohne eine solche Zeitbestimmung, wohl aber unter einer Bedingung die Gewähr übernommen. Die erfüllte Bedingung macht ihn nur dann verbindlich, wenn dieselbe nach oder gleichzeitig mit dem Eintritte des Termins sich realisirt, nicht umgekehrt, wenn die Bedingung früher erfüllt wird. Denn sonst wäre die accessorische Verbindlichkeit früher vorhanden gewesen, als die principale.

§. 5.

Zu Num. IV.

Der Bürge kann sich verbindlich machen, den ususfructus desjenigen Grundstücks zu leisten, welches Gegenstand der Hauptschuld ist.

In einem solchen Falle übernimmt der Bürge allerdings etwas, hinsichtlich dessen bei Eingehung der Bürgschaft entschieden vorliegt, dass der Gläubiger nicht werde berechtigt sein, es von dem Hauptschuldner zu fordern, und dennoch ist die Bürgschaft gültig.

„l. 70. §. 2. Si reo in fundum obligato, fidejussor in usumfructum accipiatur, quaesitum est, utrum obligetur fidejussor quasi in minus, an non obligetur, quasi in aliud? Nobis in eo videtur dubitatio esse, ususfructus pars rei sit, an proprium quiddam? sed quum ususfructus fundi jus sit, incivile est, fidejussorem ex sua promissione non teneri."

Der Entscheidungsgrund wird nicht von der leichtern und der schwerern Verbindlichkeit hergenommen, obschon, auch objectiv betrachtet, die des Bürgen sich in allen solchen Fällen leichter wird erfüllen lassen, und Gajus unternimmt auch nicht, den Satz mit der — sie würde offenbar irrig sein — Behauptung zu rechtfertigen, dass man den ususfructus, — eine Servitut, ein unkörperliches Ding — als Theil des Grundstückes (eines körperlichen Dinges) betrachten müsse, von dem jener gezogen wird.

Wir haben also hier eine Ausnahme, allein eine solche, die Gajus selbst dafür anerkennt, indem er den Satz aus individueller Ansicht dessen aufstellt, was unter solchen Umständen die nahe liegende Billigkeit erheischen möchte.

§. 6.

Schlussbemerkung zu Abschnitt I.

Die Ansicht, dass es keine gültige Bürgschaft ist, wenn der Bürge auf eine Weise verbindlich sein würde, die es zweifelhaft liesse, ob dasselbe, was er zu leisten hat, auch von dem Hauptschuldner werde gefordert werden können, dass die levior und durior causa kein durchgreifendes Criterium abgiebt, ist bisher mittelst zahlreicher Stellen, wie dem Verfasser dünkt, als richtig entwickelt worden. In entschiedenem Gegensatze hiezu steht l. 34.

„.... quid ergo, si a reo Stichum aut Pamphilum, a fidejussore Stichum interrogem? utrum in deteriorem causam acceptus est sublata electione, an in meliorem? quod et verum est, quia mortuo eo liberari potest."

Wenn der Bürge nur den Stichus, der Hauptschuldner den Pamphilus oder Stichus zu leisten hätte, soll die Bürgschaft gültig sein. Man bemerkt, dass, wenn der Bürge belangt würde, den Stichus zu schaffen, sich nicht behaupten liesse, dieser hätte auch von dem Hauptschuldner beigetrieben werden können; denn diesem stand frei, den Stichus oder den Pamphilus zu leisten. Die Stelle scheint also dem von dem Verfasser aufgestellten höchsten Grundsatze zu widerstreiten.

Ferner des Bürgen levior causa wird als Entscheidungsgrund gebraucht, um einen Satz zu begründen, der mit des Verfassers, als Regel aufgestellter Ansicht nicht vereinbar ist, und sich auch nicht als Ausnahme behandeln lässt. Denn als eine solche führt Paulus den Satz nicht auf. Somit scheint der Verfasser widerlegt. Indess sollte sich dieser irren, wenn er die Behauptung aufstellte, dass man die ganze Stelle, als auf einem Irrthum beruhend, müsse fallen lassen? Die levior causa des Bürgen ist freilich in vielen Fällen vorhanden, wo die Bürgschaft gültig ist, obschon zwischen ihr und der Hauptverbindlichkeit keine Aequalität stattfindet. Allein wir haben gesehen, dass der levioris causa ungeachtet die Bürgschaft ungültig sein kann. Und in vorliegendem Falle ist der Bürge offenbar nicht in leviori causa, Paulus mag sagen, was er will. Denn zwei Dinge (Stichum aut Pamphilum) alternativ schuldig zu sein, ist, sobald dem Schuldner die Wahl anheimgegeben bleibt, offenbar levior causa, als wenn man, wie in dem vorliegenden Falle der Bürge, ein einziges dieser Dinge zu bezahlen schuldig ist. Die Möglichkeit, dass der Bürge in leviorem causam zufälligerweise treten kann, wenn der Stichus stirbt, lässt seine causam duriorem bleiben, so lange der Stichus noch lebt. Wie kann nun aber das Schwerere das Leichtere sein, weil es zum Leichteren werden kann? Bei aller Verehrung für Paulus, dürfte sich nicht läugnen lassen, dass ihm hier etwas Menschlisches begegnet sei.

Abschnitt II.

Vorbemerkung.

Wie überall dem Rigorismus des ältern Rechts parallel prätorische Institute laufen, Institute, welche, von nationalen Eigenthümlichkeiten abstrahirend, auf allgemein gültigen Ansichten beruhen und die Anwendbarkeit des Römischen Rechts in den Gerichtshöfen eines jeden Volkes möglich machen, so

auch bei der Bürgschaft. Das prätorische Interdict „de constituta pecunia" gewährt die grösste Zwanglosigkeit für Eingehung von Verträgen, wodurch Jemand mit seinem Credite der Verbindlichkeit eines Dritten beitritt. In Verbindung mit der fidejussio müssen wir dieses Institut behandeln, um zu ersehen, welches Resultat das Amalgam der fidejussio, des mandati de pecunia credenda, des constituti debiti alieni für uns giebt, die wir, zum Theil schon durch die Sprachverschiedenheit bedingterweise, nicht fidejussores, mandatores und debitum alienum constituentes als gesonderte Classen intercedirender Personen, sondern nur Bürgen kennen und daher die Lehre von der Bürgschaft vermittelst der Lehre vom constit. deb. alieni zu ergänzen haben. Vollständig haben wir den Titel de pecunia constituta zu erörtern, da in demselben eben so wenig als in dem Edicte selbst *) constitutum debiti proprii und alieni gesondert behandelt werden und sich von selbst die Frage hervorthut, inwiefern beide Gattungen desselben zusammentreffen.

§. 1.

Begriff des constituti.

Was ist constitutum? In seiner allgemeinsten Bedeutung, da constituere soviel ist, als „bestimmen," bezeichnet constitutum irgend eine Art getroffener Bestimmung. Demnach wären constituta ex consensu facta, die das Prätorische Edict zu schützen verspricht, „weil es hart wäre, wenn Treu und Glauben nicht sollten unverletzlich sein," nichts anders, als vertragsmässige Uebereinkommen. M. vrgl. l. 1. pr. (Lb. XIII. 5.)

„Hoc edicto praetor favet naturali aequitati, qui constituta, ex consensu facta, custodit: quoniam grave est fidem fallere."

Allein in dieser Bedeutung würde das Wort offenbar in einem allzuweiten Sinne genommen. Das constitutum bezieht sich allemal auf eine bereits vorhandene Schuld; denn zufolge des constituti wird man de constituta scl. pecunia gehalten, und da man mittelst des constituti ein dem bürgschaftlichen Zahlungsversprechen gleich zu stellendes ablegen kann — l. 1. §. 1. **) — so wird constituere (ohne Unterschied, ob es in Betreff eines debiti proprii oder alieni vorkomme) in allen Fällen gebraucht werden können, wo man in Hinsicht auf ei-

*) Der Prätor hatte edicirt, er gäbe eine Klage (l. 16. §. 2. h. t. l. 18. §. 1.) Si appareat, eum qui constituit neque solvisse neque fecisse, neque per actorem stetisse, quo minus fieret, quod constitutum est. — eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse.

**) Ait praetor: qui pecuniam debitam constituit, qui sic accipiendum est quaeve: nam et mulieres de constituta tenentur, si non intercesserint.

ne Schuld ein verbindliches Zahlungs-Versprechen ablegt; wonach denn weiter constituere alicui so viel heisst, als Jemandem ein solches Zahlungs-Versprechen geben. Z. B. Cic. pr. Quinct.: quasi nummos domi haberet, ita constituit Scapulis se daturum: er versprach den Scapulis, er kam mit ihnen überein, als brauche er nur in den Kasten zu greifen, sie sollten von ihm erhalten was Quinctius schuldig war. (M. s. übrigens *Joh. Friedr. Gronov. Obs. lb. tres edit. II. Lugd. Bat.* 1662. *lb. I. cap. 1. pag.* 15. *sqq.)*

Allein wir ersehen aus dem Edicte, dass das constituere nicht bloss auf ein solvere, sondern auch auf ein facere hinauslaufen konnte. („Si appareat, eum qui constituit neque solvisse, neque fecisse.")

Als Beispiele eines mittelst constituti zugesagten facere finden wir nur die Bestellung eines Pfandes oder Bürgen. l. 14. §. 1. und 2. *)

Hiermit ist die leichtverständliche l. 21. §. 2. zu verbinden.

„Constituto satis non facit, qui soluturum se constituit, si offerat satisfactionem. Si quis autem constituat se satisdaturum, et fidejussorem vel pignora det, non tenetur: quia nihil interest, quemadmodum satisfaciat."

*) „Si quis constituerit, se pignus daturum, cum utilitas pignorum irrepserit, debet etiam hoc constitutum admitti."

„Sed et si quis certam personam fidejussuram pro se constituerit, nihilominus tenetur, ut Pomponius scribit. Quid tamen si ea persona nolit fidejubere? puto teneri eum qui constituit: nisi aliud actum est. Quid, si ante decesserit? Si mora interveniente, aequum est, teneri eum, qui constituit, vel in id, quod interest, vel ut aliam personam non minus idoneam fidejubentem praestet; si nulla mora interveniente, magis puto non teneri."

In §. 1. (quum utilitas pignorum irrepserit) thut Ulpian einen wehmüthigen Rückblick auf die gute alte Zeit, wo noch Treu und Glauben zu sehr in Ansehn standen, als dass man die Bestellung von Pfändern hätte nöthig finden mögen.

§. 2, behandelt den Fall, wo man einen Bürgen zu bestellen versprochen, unter der besondern Voraussetzung, dass man das Versprechen a u f e i n e b e s t i m m t e P e r s o n bezogen, welche als Bürge gestellt werden sollte. Auch ein solches constitutum (nihilominus) soll gültig sein. Wenn diese Person nicht Bürge wird, so liegt diess entweder daran, dass sie es nicht werden kann (si decesserit) oder nicht werden will. In diesem letzteren Falle wird der Constituent für die Erfolglosigkeit seiner Zusage obligat, dergestalt, dass er entweder id quod interest oder eine andere nicht minder zahlungsfähige Person zum Bürgen bestellen muss; es wäre denn ein Anderes ausgemacht worden; z. B. es hätte der Constituent nicht versprochen, Lucius soll Bürge für ihn werden, sondern er wolle ihm den Auftrag geben, Bürgschaft für ihn zu leisten. Alsdann hatte der Constituent mit Ertheilung des Auftrags sein Versprechen gelösst und er konnte nicht verantwortlich gemacht werden, wenn der Auftrag nicht angenommen ward. In ersterem Falle, wenn der Dritte die beabsichtigte Bürgschaft nicht übernehmen kann, wird der Constituent in der oben angegebenen Maasse obligat oder nicht obligat, je nachdem die Verhinderungsursache früher oder später eingetreten ist, als er das Nöthige für Uebernahme der beabsichtigten Bürgschaft zu thun im Stande war.

§. 2.
Zweck des constituti.

Das constituere kann stattfinden, in Hinsicht auf eine eigne und in Hinsicht auf eine fremde Schuld.

„l. 1. §. 8. Sed et is, qui honoraria actione, non jure civili obligatus est, constituendo tenetur; videtur enim debitum et quod jure honorario debetur."

„l. 26. Quidam ad creditorem literas ejusmodi fecit: Decem quae Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, salva ratione usurarum habes penes me, Domine. Respondi, secundum ea, quae proponerentur, actione de constituta pecunia eum teneri."

Der Grund, auf welchem die constituirte Schuld beruht, ist für die Gültigkeit des constituti unerheblich. Constituirt kann werden eben sowohl das debitum naturale,*) als auch eine Schuld, für welche das Recht der Forderung im Civil- oder im prätorischen Rechte begründet ist, wobei, da eine Schuld, welche elidirbar vermittelst einer Exception ist, so gut als keine Schuld erscheint, es sich von selbst versteht, dass kein debitum constituirt werden kann, dessen Grund zwar im Civilrechte liegt, allein in Gemässheit des prätorischen elidirt werden kann.

„l. 1. §. 6. 7. Debitum autem ex quacunque causa potest constitui, i. e. ex quocunque contractu, sive certi, sive incerti: et si ex causa emptionis quis pretium debeat, vel ex causa dotis, vel ex causa tutelae, vel ex quocunque alio contractu."

„Debitum autem vel natura sufficit."

§. 8. „Sed et is, qui honoraria actione, non jure civili obligatus est, constituendo tenetur; videtur enim debitum et quod jure honorario debetur. Et ideo et pater et dominus de peculio obstricti, si constituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem, quae tunc fuit in peculio, cum constituebatur; caeterum si plus suo nomine constituerint, non tenebitur in id, quod plus est."

„l. 3. §. 1. Si quis autem constituerit, quod jure civili debebat, jure praetorio non debebat, i. e. per exceptionem: an constituendo teneatur, quaeritur? Et est verum, ut (et)

*) Da ein Pupill durch seine Willenserklärung nicht einmal naturaliter verbunden werden kann, wohl aber der filius-familias und, soweit der filius-familias verbunden werden kann, der pater-familias schuldig ist, aus dem peculium zu bezahlen, so erscheinen l. 1. §. 2. und 3 als blosse, nichts Neues enthaltende Folgesätze.

„De pupillo, etsi nihil sit expressum edicto, attamen sine tutoris auctoritate constituendo non obligatur."

„Sed si filius-familias constituerit, an teneatur quaeritur? Sed puto verum, et ipsum constituentem teneri, et patrem de peculio."

Pomponius scribit, eum non teneri: quia debita juribus non est pecunia, quae constituta est."

Das Zahlungsversprechen in Betreff einer fremden Schuld, das Versprechen, in Betreff einer eignen Schuld Sicherheit zu bestellen, ist von augenscheinlich praktischem Werthe. Ersteres erfüllt denselben Zweck, auf welchen die Bürgschaft gerichtet ist, indem das constitutum das ursprüngliche Schuldverhältniss unverändert lässt. Man vrgl. l. 28.

„Ubi quis pro alio constituit, se soluturum, adhuc is, pro quo constituit, obligatus manet."

Wie aber kann es von Nutzen sein, die bereits bestehende, eigne Schuld mittelst Zahlungsversprechens zu constituiren? Die Verbindlichkeit zur Zahlung ist ja bereits vorhanden und bleibt auch, bis die Zahlung in Gemässheit des constituti geleistet ist, unalterirt, auch wenn schon die litis contestatio in Folge der de pecunia constituta erhobenen Klage eingetreten ist, wie diess deutlichst l. 18. §. 3. besagt.

„Vetus fuit dubitatio, an, qui hac actione egit, sortis obligationem consumat? Et tutius est dicere, solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit."

Nur die Zahlung hebt utramque obligationem auf, die aus der ursprünglichen Schuld und die aus dem constituto originirende.

Demnach ist zu beantworten die Frage, welchen Zweck das constitutum debiti proprii als Zahlungsversprechen haben könne, und dabei das Augenmerk mit darauf zu richten, ob sich zugleich Resultate für das constitutum debiti alieni ergeben.

§. 3.

Welcher Zweck kann mit dem constituto debiti proprii verbunden werden?

1) Da das constitutum eine klagbare Verbindlichkeit bewirkt und in Betreff von Verbindlichkeiten eingegangen werden kann, die, bloss zu den naturalibus obligationibus gehörig, an sich nicht klagbar sind, so thut schon hiermit sich ein praktischer, mit dem constituto debiti proprii vereinbarer Zweck hervor.

2) Das constitutum bewirkt eine selbstständige Klage; es wird darum einen Zweck erfüllen, wenn die Klage aus der ursprünglichen Verbindlichkeit (z. B. actio temporalis) oder die ursprüngliche Verbindlichkeit selbst zu erlöschen droht.

Man vrgl. l. 18. §. 1.

„Quod adjicitur „eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse," interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut, si quid tunc debitum fuit, quum

constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde et temporali actione obligatum constituendo, Celsus et Julianus scribunt, teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat: quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur."

3) Es werden durch das constitutum debiti proprii Ausflüchte entfernt werden, die der Klage aus dem ursprünglichen Geschäfte entgegenstehen konnten l. 19. §. 2. und l. 20.

„Si pater vel dominus constituerit se soluturum, quod fuit in peculio, non minuetur peculium eo, quod ex ea causa obstrictus esse coeperit; et licet interierit peculium, non tamen liberatur."

„Nec enim, quod crescit peculium aut decrescit, pertinet ad constitutoriam actionem."

Der Vater muss für des Sohnes Schulden mittelst des peculii gerecht werden. Reicht das peculium aber nicht zu aller Gläubiger Befriedigung zu, so ist er nicht befugt, einen Gläubiger vollständig zu befriedigen und andere leer ausgehen zu lassen. Jetzt borgt A dem filius-familias B; der Vater C hatte ausdrücklich constituirt den zur Zeit des Constituts vorhandenen Peculiarbetrag, hatte versprochen zu zahlen, was das peculium enthielt (se soluturum quod fuit in peculio.) Wenn späterhin auch das ganze Peculiarvermögen verloren gehen sollte, diess ändert an des Vaters, durch das constitutum übernommenen Verbindlichkeit nichts; eben so wenig ändert sich dieselbe, wenn der Vater noch andern Gläubigern zur Zahlung aus dem peculio gehalten war („non minueretur eo, quod ex ea causa obstrictus esse coeperit," d. h. der Gläubiger braucht seine Forderung nicht in Verhältniss dessen herabsetzen zu lassen, was der Vater späterhin ebenfalls e causa peculiari schuldig geworden ist.)

Hiermit ist zu verbinden l. 1. §. 8.

„Et ideo et pater et dominus de peculio obstricti, si constituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem, quae tunc fuit in peculio, cum constituebatur: caeterum si plus suo nomine constituerint, non tenebitur in id quod plus est."

Wenn der Vater sich zum Schuldner nach dem vorhandenen Peculiarbetrag bekannt hatte, so wird seine Verbindlichkeit nach der Zeit beurtheilt, wo er jenes Bekenntniss abgelegt hat. Wenn er aber suo nomine, d. h. hinsichtlich dessen, was er, auch wenn er nicht constituirt hatte, als Schuldner mittelst der Klage de peculio zu zahlen angehalten werden konnte, mehr angegeben hätte, als das peculium wirklich enthielt, so war ihm diess unschädlich. Denn seine eigne Verbindlichkeit, dem Gläubiger aus dem peculium

gerecht zu werden, ist die Basis, von der man bei dem Geschäfte ausgegangen war.

Gesetzt aber (man vrgl. l. 2., *) er hat filii nomine constituirt, versprochen zu zahlen, was auf dessen Rechnung stand, als welche eine von dem Betrage des peculii ganz unabhängige Grösse war. Bei diesem constituto debiti alieni kommt nichts darauf an, wieviel in dem peculio enthalten sein mochte.

4) „l. 1. §. 5. An potest aliud constitui, quam quod debetur, quaesitum est? Sed cum jam placet, rem pro re solvi posse, nihil prohibet, et aliud pro debito constitui; denique si quis centum debens, frumentum ejusdem pretii constituat, puto valere constitutum."

Ein Zahlungsversprechen kann in Hinsicht auf eine bereits vorhandene Schuld in der Maasse erfolgen, dass an die Stelle Desjenigen, was nach der ursprünglichen Verbindlichkeit zu zahlen war, ein anderer Gegenstand tritt. Da diese Stelle nicht zwischen debitum proprium und alienum unterscheidet (die offenbar nur beispielsweise gebrauchten Schlussworte „denique si quis centum debens, frumentum ejusdem pretii constituat, puto valere constitutum" lassen sich dagegen nicht als Argument brauchen), so verstattet dieselbe ohnstreitig auch Anwendung auf den Bürgen.

5) Die legitimatio ad causam passivam zu ersetzen, kann das constitutum debiti proprii ebenfalls von Nutzen sein.

Man vrgl. „l. 31. Lucius Titius Sejorum debitor decessit; hi persuaserunt Publio Maevio, quod hereditas ad eum pertineret, et fecerunt, ut epistolam in eos exponeret, debitorem sese esse, quasi heredem patrui sui confitentem; qui et addidit epistolae suae, quod in rationes suas eadem pecunia pervenit **)."

In dem Falle, welchen l. 31. bemerkt, wäre dieser Zweck erreicht worden, wenn nicht Publius Mävius als Erbe und somit die Prämisse des constituti, eine unabhängig von demselben, gegen den Constituenten begründete Verbindlichkeit, ausgefallen wäre.

6) Der Constituent, welcher zwei oder mehrere Gegenstände alternativ schuldig war, kann mittelst des constituti unbedingt zu Leistung des einen gehalten werden.

„l. 25. pr. Illud aut illud debuit et constituit alterum: an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est.

*) Quod si filii nomine constituerit se decem soluturum, quamvis in peculio quinque fuerint, de constituta in decem tenebitur.

**) Quaesitum est, quum ad Publium Maevium ex hereditate Lucii Titii nihil pervenerit, an ex scriptura proposita de constituta pecunia conveniri possit, et an doli exceptione uti possit? Respondit: nec civilem eo nomine actionem competere, sed nec de constituta secundum ea, quae proponerentur. Idem quaesiit, usurarum nomine, quod ex causa suprascripta datum sit, an repeti possit? Respondit: secundum ea, quae proponerentur, posse.

Dixi: non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere."

7) Die Schuld kann auf diese Weise ihrem Betrage nach in Liquidität gesetzt werden.

„l. 3. pr. Quod si maritus plus constituit ex dote, quam facere poterat, quia debitum constituerit, in solidum quidem tenetur, sed mulieri, in quantum facere potest, condemnatur."

Der Ehemann hätte nicht „plus, quam facere poterat, ex dote" constituiren können, wenn er nicht ausgesprochen hätte, wie viel seine Ehefrau bei ihm als dos zu fordern habe.

Andererseits ist es aber auch nicht nothwendig, dass die Quantität der schuldigen Summe in dem constituto ausgesprochen werde.

„l. 14. pr. Qui autem constituit, se soluturum, tenetur, sive adjecerit certam quantitatem, sive non." Denn das constitutum debiti proprii hat gezeigter und noch zu zeigender Maassen auch andre Zwecke.

8) Durch das constitutum debiti proprii lässt der Zahlungstermin sich abändern.

„l. 3. §. 2. Si is, qui (et) jure civili, et praetorio debebat, in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? Et Labeo ait, tenere (constitutum): quam sententiam et Pedius probat, et adjicit Labeo, vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt, constituta inducta; quam sententiam non invitus probarem; habet enim utilitatem, ut ex die obligatus, constituendo se eadem die soluturum teneatur. l. 4. Sed et, si citeriore die constituat se soluturum, similiter tenetur."

Jemand war in diem obligatus. Hier war eine Schuld, nur eine noch nicht gefällige Schuld vorhanden, und darum ist ein constitutum zulässig. Dass die Schuld noch nicht gefällig, thut nichts zur Sache, indem die Constitute zum grossen Theil wegen noch nicht gefälliger Forderungen eingeführt worden sind. „Labeo ait, teneri (constitutum); quam sententiam et Pedius probat; et adjicit Labeo, vel propter has potissimum pecunias, quae nondum peti possunt, constituta inducta." Die folgenden Worte und l. 14. beweisen, wie man den Zahlungstermin beliebig abändern, ja noch dem ursprünglich verabredeten voranstellen könne.

9) Es lassen sich auf diese Weise abgeänderte Bestimmungen in Betreff des Orts der Zahlung treffen. „l. 5. pr. Eum, qui Ephesi promisit se soluturum, si constituat alio loco se soluturum, teneri constat." Die Stelle gedenkt nur des debiti proprii. Allein es ist kein Grund vorhanden, sie nur auf dieses zu beschränken.

10) Es lässt das constitutum sich gebrauchen, um in der Person Desjenigen eine Veränderung eintreten zu lassen, an den der Schuldner cum effectu liberationis zahlen kann. Z. B. ich habe bei A zu fordern. Hier kann ich nachträglich von

A mir das Versprechen geben lassen, dass er an mich oder an den Titius zahlen wolle.

„l. 8. Si vero mihi aut Titio constitueris te soluturum, competit actio.“

Die folgenden Worte sind mit l. 9. in Zusammenhang zu setzen.

„Quodsi posteaquam soli mihi te soluturum constituisti, solveris Titio, nihilominus mihi teneberis.“

„Titius tamen indebiti condictione tenebitur: ut quod ei perperam solutum est, ei, qui solvit, reddatur.“

Nach der ursprünglichen Verbindlichkeit war der Schuldner berechtigt an den Gläubiger A oder für dessen Rechnung an den Titius zu zahlen. Vermittelst Constituts macht er sich verbindlich, nur an A zu zahlen. Alsdann kann ihn die, dem Titius gemachte, Zahlung nicht liberiren und wenn er demohngeachtet an Titius zahlen sollte, so bewirkt diess weiter nichts, als dass er gegen diesen condictionem indebiti anstellt, auf Rückgabe des Betrags, den er nicht liberirender Weise an ihn gezahlt hat.

Hiermit ist l. 10. zu verbinden.

„Idem est et si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum, alteri postea solutum est: quia loco ejus, cui jam, solutum est, haberi debet is, cui constituitur.“

Da das constitutum die ursprüngliche Verbindlichkeit fortbestehen lässt, so muss es Befremden erregen, wenn in dem Falle, wo A und B solidarisch zu fordern hatten und der Schuldner C dem A zu zahlen constituirt, er nur an diesen zu bezahlen gehalten, und wenn er an B zahlt, von diesem das Gezahlte condictione indebiti zurückzufordern berechtigt sein soll, obschon des Letzteren Recht der Forderung fortbesteht. Augenscheinlich hat man den Fall sich so zu denken, dass das constitutum, an A zahlen zu wollen, dem A und dem B geschehen ist.

„l. 30. Si quis duobus pecuniam constituerit, „tibi aut Titio,“ etsi stricto jure propria actione pecuniae constitutae manet obligatus, Titio solverit, tamen per exceptionem adjuvantur.“

Wenn ich, was ich dem A schuldig bin, constituendo dem A oder C zu zahlen verspreche, so wird damit die alte Verbindlichkeit nicht aufgehoben, von der ich mich allein durch Zahlung an den A befreien kann. Diesem bleibt also sein Klagerecht, formell betrachtet, unbenommen, wenn ich nach erfolgtem Constitut an den C zahle. Materiell aber fällt es hinweg, denn ich kann die Zahlung an C exceptivisch geltend machen.

Jedoch — zu dem Fall in l. 8. surückzukehren. — wenn beabsichtigt wurde, dass der Schuldner an einen Andern zu zahlen berechtigt werden sollte, so musste Dasselbe in der

l. 8. bemerkten Weise geschehen, so nämlich, dass dem Gläubiger constituirt, zugesagt, wurde, man wolle an ihn oder an einen genannten Dritten zahlen. Ein nicht in dieser Alternative, sondern dahin gegebenes Versprechen, der Schuldner werde nicht an den Gläubiger B, sondern an einen Dritten C zahlen, würde wirkungslos gewesen sein und zur Anstellung der actio de pecunia constituenda nicht berechtigt haben.

Man vrgl. l. 5. §. 5. „Item si mihi constituas te soluturum, teneberis. Quodsi mihi constitueris, Sempronio te soluturum non teneberis.“

Der Grund hiervon dürfte in dem Prozessrechte gelegen haben. Die Verurtheilung etwas, entweder ein factum überhaupt oder ein in specie als Zahlung bezeichnetes factum zu leisten, musste sich immer auf den Kläger beziehen. Hätte aber A dem B versprochen, nicht: ich will an dich oder den C zahlen, sondern bloss: ich will an C zahlen, so wäre des Klägers gar keine Erwähnung in der condemnatio zu thun gewesen. Anders war es, wenn dieselbe sich darauf richten liess, dass dem Kläger oder einem Dritten zu zahlen sei. *) Eine Ausnahme tritt ein, wenn ich dem tutor, actor oder curator wirklicher oder moralischer Personen constituire, an Diejenigen zu bezahlen, welche jener vertritt. Dadurch wird den vertretenen Personen actio utilis de pecunia constituta begründet.

„l. 5. §. 9. Si actori municipum, vel tutori pupilli, vel curatori furiosi vel adolescentis ita constituatur, municipibus solvi, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti: utilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti utilem actionem.“

Wenn ferner A dem B schuldig ist, so kann er das constitutum an den C richten.

Man vergl. l. 5. §. 2. „Quod exigimus, ut sit debitum, quod constituitur, in rem exactum est: non utique ut is, cui constituitur, creditor sit. Nam et quod ego debeo, tu constituendo teneberis: et quod tibi debetur, si mihi constituatur debetur.“

A war z. B. dem B schuldig 100 Thlr. — Er kann dem C versprechen, dass er diese 100 Thlr. — berichtigen werde. Der Dritte erscheint hier nur als das Organ, das für den Gläubiger das constitutum entgegennimmt.

*) Eben so konnte der Schuldner dem Gläubiger nicht constituiren, dass für ihn, den Schuldner, ein Anderer zahlen werde. —

„l. 5. §. 4. Sed si quis constituerit, alium pro se soluturum, non se pro alio, non tenetur: et ita Pomponius lib. 8. scribit.“

In einem solchen Falle hatte sich keine condemnatio gegen den Beklagten aussprechen lassen, da dieser sich zu keiner Zahlung hätte verbindlich gemacht gehabt.

Man vrgl. l. 15.

„Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus: quia ministerium tantummodo hoc casu praestare videtur."

Nicht das ist die Meinung in l. 5. §. 2. dass ich mich einem Dritten verbindlich machen könne, ihm zu zahlen, was ich einem Andern schuldig war, und dass nun der Dritte ein Klagrecht bekommen hätte. Man vrgl. z. B. l. 7. §. 1. „Si mihi aut Titio stipuler, Titio constitui suo nomine non posse, Julianus ait: quia non habet petitionem, tametsi solvi ei possit."

Da Titius vorher kein Klagerecht gegen mich hatte, so konnte ich ihm auch nur constituiren, als dem Stellvertreter (nomine) Desjenigen, der diess hatte.

Nur ausnahmsweise kann man einem Dritten ipsius nomine und also so constituiren, dass er selbst actionem de pecunia constituta erhält, hinsichtlich Desjenigen, wozu er nicht Gläubiger ist; nämlich

a) dem Procurator. Denn als des Mandanten so zu sagen alter ego kann er überhaupt in Gemässheit der von jenem ihm übertragenen Geschäfte erwerben, und dem Mandanten bleibt überlassen, actione mandati auf sich überzuleiten, was der Procurator in Folge des Mandats erworben hat.

„l. 5. §. 6. Julianus lib. 11. Digestorum scribit: procuratori constitui posse; quod Pomponius ita interpretatur, ut ipsi procuratori constituas, te soluturum, non domino."

Dasselbe gilt

b) von Tutoren, Actoren und Curatoren. Diesen kann (l. 5. §. 7.) constituirt werden für die wirkliche oder moralische Person, welche sie vertreten, und die Constituenten werden jenen Personen selbst aus dem constituto obligat.

„l. 5. §. 7 und 8. Item tutori pupilli constitui potest et actori municipum et curatori furiosi."

„Sed et ipsi constituentes tenebuntur."

c) Sclaven, bona fide servientibus und filiis-familias kann man auf ihren eignen Namen constituiren, was man dem Hausherrn schuldig ist. Denn da dieser die Klage doch erwirbt, so ist es eben so gut, als wenn suo nomine constituirt worden und eine oder die andre jener Personen nur stellvertretend für ihn eingetreten wäre.

„l. 5. §. 10. Servo quoque constitui posse constat, et si servo constituatur, domino solvi, vel ipsi servo, qualem qualem servum domino adquirere obligationem."

„l. 6. Idem est et si ei, qui bona fide mihi servit, constitutum fuerit."

„l. 7. Sed et si filio-familias constituatur, valet constitutum."

§. 4.

Abweichungen des constituti debiti alieni von der fidejussio.

Wer ein debitum alienum constituirt, sich in Hinsicht der bereits vorhandenen Schuld eines Dritten zahlungspflichtig macht, thut im Wesentlichen nichts anders, als der fidejussor. Er berechtigt den Gläubiger, von ihm zu fordern, was dieser von dem ursprünglichen Schuldner fordern kann.*)

Also kann zwischen constitutum debiti alieni und fidejussio ein Unterschied nur insoweit eintreten, als bei jenem die klar vorliegende Willensmeinung der Contrahenten, bei dieser das strenge Festhalten an der Formel die Norm der Entscheidung abgiebt. Das vorausgeschickt, wird Derjenige, der ein debitum alienum in der Maasse constituirt, dass er

1) die Zahlung mittelst eines andern Objectes zu leisten sich bedingt, als mittelst dessen die Hauptschuld zu berichtigen ist,

2) die Zahlung an eine andere Person,

3) an einem andern Orte zu leisten übernimmt, als der Hauptschuldner zu leisten berechtigt ist,

sich gültig verbürgen, denn es widerspricht auf keine Weise der Natur vertragsmässiger Willensübereinstimmung, dass Bürge und Gläubiger die accessorische Verbindlichkeit in solcher Maasse modificiren.

Der Titel der Pandecten bestätigt diess, besonders wenn man die ohnstreitig richtige Bemerkung festhält, dass Alles, was von dem constitutum debiti proprii gilt, auch von dem constitutum debiti alieni gilt, sobald sich eine Ausnahme nicht nachweisen lässt, die aus der Natur der Sache folgte, wie z. B. die, dass, wer ein debitum alienum constituirt, allemal eine Intercession bewirkt, nicht aber derjenige, der ein debitum proprium constituirt.

Ferner: wenn bloss die erklärte Absicht der Interessenten das Entscheidende bei dem constituto debiti alieni ist, so muss, unter den Gesichtspunct des constituti gestellt, eine auf 100 Thlr. gerichtete Bürgschaft, für die ein Object von 100 Thlr. nicht gegeben war, weil die Hauptschuld nur 50

*) Man könnte als Einwand dagegen l. 1. §. 1. gebrauchen. „Ait praetor: qui pecuniam debitam constituit. „Qui" sic accipiendum est, „quaeve": nam mulieres de constituta tenentur, si non intercesserint." Eine Frau soll constituiren gültiger- oder nicht gültigerweise, je nachdem sie auf diese Weise intercedirt, oder nicht intercedirt. Demnach könnte man sagen: müsse ein constitutum debiti alieni denkbar sein als Intercession, und nicht als Intercession. Der Einwand ist aber nicht begründet. — Die Stelle sagt mit andern Worten: eine Frau kann nur debita propria constituiren.

Thlr. beträgt, bis zu dem Betrage von 50 Thlr. gültig sein. Denn wer das Mehr gewollt hat, von dem lässt sich auch nicht bezweifeln, dass er dass Minus gewollt habe.

Man vergl. l. 11. §. 1. und l. 12.

„Si quis centum aureos debens, ducentos constituat, in centum tantummodo tenetur, quia ea pecunia debita est; ergo is, qui sortem et usuras, quae non debebantur, constituit, tenebitur in sortem dumtaxat.“

„Sed et si decem debeantur, et decem et Stichum constituat, potest dici, decem tantummodo nomine teneri.“

Also

4) wenn der Bürge für mehr, als die Hauptschuld beträgt, Bürgschaft leistet, so ist dieselbe gültig bis zu dem der Hauptschuld gleichen Betrage.

Endlich

5) wer unbedingt ein debitum alienum constituirt, das nur eine bedingte Schuld ist, dessen Bürgschaft ist gültig, aber nur unter der Voraussetzung, dass die der Hauptschuld gestellte Verbindlichkeit in Erfüllung geht.

Denn es lässt sich nicht bezweifeln, dass derjenige, welcher unbedingt etwas schuldig sein wollte, es um so mehr bedingter Weise sein wollte.

Man vergl. l. 19. pr. „Id quod sub conditione debetur, sive pure, sive certo die constituatur, eadem conditione suspenditur, ut existente conditione teneatur, deficiente, utraque actio depereat *).

Abschnitt III.

Nunmehr vermögen wir zu untersuchen und zu bestimmen, was die Verschmelzung von fidejussio und constitutum debiti alieni in Hinsicht auf das Verhältniss geändert hat, in welchem des Bürgen accessorische und des Hauptschuldners principale Verbindlichkeit zu einander stehen müssen. Das Resultat schicken wir in folgenden Sätzen voraus, und lassen die Beweisführung für deren Richtigkeit folgen.

*) Wer die unbedingte eigene Schuld bedingt constituirt, gegen den wird actio utilis gegeben l. c. §. 1.

„Sed is, qui pure debet, si sub conditione constituat, inquit Pomponius, in hunc utilem actionem esse.“

Die mangelnde Uebereinstimmung zwischen debitum und constitutum muss diess nöthig gemacht haben. Heutigen Tages, wo wir keine actiones utiles kennen, ist diess auch für das formelle Recht so gleichgültig, als es schon bei den Römern für das materielle war.

I. Bürgschaft kann geleistet werden für die vollständige Hauptschuld oder einen Theil derselben.

II. Wenn der Bürge sich für mehr verbindlich gemacht hat, als die Hauptschuld beträgt, so ist die Bürgschaft gültig nur bis zu dem der Hauptschuld gleichen Betrage. Dahin wird

III. der Eall gerechnet, wenn der Hauptschuldner ein Grundstück zu gewähren schuldig ist, und der Bürge sich verbindlich macht, den Niessbrauch desselben zu gewähren.

IV. Der Bürge darf sich bedingen, die Zahlung

1) mittelst eines andern Objects, als dasjenige ist, mittelst dessen sie der Hauptschuldner zu leisten hat,
2) an eine andere Person, als an welche
3) an einem andern Orte zu leisten, als wo sie der Hauptschuldner zu leisten hat.

V. Die Bürgschaft kann geleistet werden:

1) bedingt für die unbedingte Hauptschuld;
2) unter der nämlichen, oder auch unter der nämlichen und zugleich noch unter einer andern Bedingung; so
3) dass die Gültigkeit der Bürgschaft von dem Eintritte eines Zeittermins abhängig gemacht wird.

VI. Die Gültigkeit der für eine bedingte Hauptschuld unbedingt eingegangenen Bürgschaft ist um nichts weniger von der, der Hauptverbindlichkeit gestellten Bedingung abhängig.

VII. Wenn der Hauptschuldner unter einer, der Bürge aber unter derselben und zugleich alternativ noch unter einer andern Bedingung verbunden sein wollte, so wird diese andere Bedingung als nicht hinzugesetzt angesehen.

VIII. Auch ohne dass deshalb etwas Besonderes verabredet worden, ist die Gültigkeit der Bürgschaft von derselben Zeitbestimmung abhängig, von welcher die Gültigkeit der Hauptverbindlichkeit abhängt.

§. 1.

Rechtfertigung vorstehender Sätze.

Der Satz unter Num. I. ergiebt sich aus dem, was Abschnitt I. §. 2. unter Num. 1. und 2. gesagt und in demselben §. nachgewiesen worden.

Der Satz unter Num. II. ist im Abschnitt II. §. 7. unter Num. 4. nachgewiesen.

Der Satz unter Num. III. ist Abschnitt I. §. 5. nachgewiesen.

Der Satz unter Num. IV. 1., 2., 3. ist nachgewiesen Abschnitt II. §. 7. Num. 1., 2., 3.

Der Satz unter IV. 1. hebt nicht nur Num. 2. §. 3. Abschnitt II. auf, sondern auch die ebendaselbst unter Num. 3., 4. und 5. aufgestellten, denn sie laufen sämmtlich darauf hinaus, dass der Bürge nicht soll können in den Fall kommen, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners in Gestalt eines andern Mittels der Zahlung zu tilgen, als dasjenige ist, mittelst dessen der Hauptschuldner zu zahlen hat.

Anlangend den mit Num. 3. in Abschnitt I. §. 3. bezeichneten prohibitiven und durch die Lehre von dem Constituto aufgehobenen Satz ist zu bemerken; dass, wenn der Hauptschuldner den Stichus, der Bürge den Stichus oder den Pamphilus zu gewähren hat, seine alternative Verbindlichkeit erlischt, wenn die einfache des Hauptschuldners erlischt, da deren Untergang auch den Untergang der accessorischen mit sich bringt.

Die Sätze unter IV. 2. und 3. heben die Sätze unter 6. und 7. in Abschnitt I. §. 3. auf, als welche beide darauf hinauslaufen, dass hinsichtlich des Bürgen Verbindlichkeit ein anderer Zahlungsort kann ausgemacht werden, und letzterer hebt den ebendaselbst mit Num. 8. bezeichneten Satz auf.

Der Satz unter Num. 4. Abschnitt I. §. 2. bedurfte keiner besondern Erwähnung. Denn wenn für die von dem Bürgen zu leistende Zahlung ein anderes Object ausgemacht werden kann, als dasjenige, mittelst dessen der Hauptschuldner die principale Verbindlichkeit zu tilgen hat, so muss auch, wenn der Hauptschuldner nach des Gläubigers Wahl den Stichus oder den Pamphilus zu leisten hat, der Bürge sich bedin-

gen können, nach seiner und nicht nach des Gläubigers Wahl den einen oder den andern zu leisten.

Die Sätze unter Num. V. 1., 2., 3. sind nachgewiesen in Abschnitt I. §. 2. Num. 3. a., b., c., d.

Der Satz unter Num. VI. ist nachgewiesen in Abschnitt II. §. 7. Num. 5. und hebt den Satz in Abschnitt I. §. 3. Num. 1. auf.

Der Satz unter VI. ist gerechtfertigt durch Abschnitt II. §. 2. Num. 5. und er hebt den Satz in Abschnitt I. §. 4. Num. 1. auf.

Man denke sich nämlich folgenden Fall. Schuldner A hat sich unter der Bedingung X, der Bürge B unter der Bedingung Y obligat gemacht. Nach den strengen Grundsätzen, die bei der Fidejussion in Anwendung kamen, wurde die Bürgschaft als bedingt gültig, wenn die Bedingung X eher als die Bedingung Y in Erfüllung ging. Wenn aber umgekehrt die Bedingung Y — die dem Bürgen gestellte — sich früher erfüllt hätte, als die Bedingung X — die dem Hauptschuldner gestellte — so wäre die Bürgschaft nicht gültig worden. Denn dann wäre die Bürgschaft unbedingt geworden für die bedingt gebliebene Hauptverbindlichkeit, und diess ging nach Abschnitt I. §. 3. Num. 1. bei der Fidejussion nicht an. Allein die unbedingte, und also auch die zu einer unbedingten gewordene Bürgschaft ist gültig in der Form des Constitutes, und an und für sich selbst an die Bedingung der Hauptschuld geknüpft nach Num. VI. Also ist der obenangeführte Fall bei uns, wo die Form der Bürgschaften keine Stipulation, sondern allemal eine solche ist, welche die Römer für ein constitutum debiti alieni würden angesehen haben, nach dem Satze unter Num. VI., nicht nach dem in Abschnitt I. §. 4. Num. 1. zu beurtheilen.

Dasselbe gilt von dem in Abschnitt I. §. 4. unter Num. 2. aufgestellten Satze. Auch er fällt hinweg. A, der Hauptschuldner, hat am 1. Januar des nächstkommenden Jahres zu bezahlen. Der Bürge B leistet Bürgschaft unter der Bedingung Y. Wenn die Bedingung sich am 1. Januar des kommenden Jahres oder nachher erfüllt, so wird der Bürge obligat. Umgekehrt: wenn die Bedingung sich noch vor dem Termine erfüllt, so wird er nach den bei der fidejussio beobachteten Grundsätzen nicht obligat; denn das Accessorium kann nicht dem Prinzipale zuvorkommen.

Wenn aber, wie wir in Verbindung mit dem Satze unter Num. VI. nachgewiesen haben, die Bedingung, welche die Hauptverbindlichkeit in suspenso hält, sofort auch auf die in Form des Constituti unbedingt eingegangene Bürgschaft bezogen wird, so muss dies auch von dem dies gelten, und B ist in dem angegebenen Falle so anzusehen, als hätte er

unter beigefügter Bedingung sich eben so in diem verbindlich gemacht, als der Hauptschuldner.

Der allein noch zu rechtfertigende Satz unter Num. VII. steht dem Satze unter Num. 9. Abschnitt I. §. 3. entgegen, nach welchem eine so eingegangene Bürgschaft durchaus ungültig ist. Allein dieser unter Num. 9. aufgestellte Satz modificirt sich in Folge der Grundsätze von dem constituto auf die unter Num. VII. ausgesprochene Weise. Wer gehalten sein wollte, si navis ex Asia redierit oder si Stichus reversus fuerit, wollte gewiss auch bloss unter der ersten dieser Voraussetzungen gehalten sein. Und nur darauf kommt es bei dem constituto an, ob man für ein verum debitum einstehen wollte. Das debitum wird ein verum, sobald navis ex Asia rediit.

§. 2.

Nachträgliche Erörterungen im Vorhergehenden noch nicht citirter Stellen des Titels de constituta pecunia.

Der Fortgang des Werkes wird keine Veranlassung geben, auf den Titel de pecunia constituta in seiner ganzen Ausdehnung zurückzukehren, und auch von einzelnen Stellen werden nur die wenigen, in die Lehre vom Verzuge einschlagenden, im Zusammenhange mit practischen Rechtssätzen sich erläutern lassen. Demnach sind, um der Vollständigkeit zu genügen, noch diejenigen Stellen des Titels zu bemerken, welche in dem Vorhergegangenen noch keine Erwähnung finden konnten.

„l. 1. §. 1. Ait Praetor: qui pecuniam debitam constituit. „Qui“ sic accipiendum est, „quaeve“: nam et mulieres de constituta tenentur, si non intercesserint.“

Bedarf keiner Erläuterung.

„l. 1. §. 4. Eum, qui inutiliter stipulatus est, cum stipulari voluerit, non constitui sibi, dicendum est de constituta experiri non posse, quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum sit.“

Der Verfasser bekennt, dass diese Stelle ihm durchaus unverständlich ist. Uebertragen, wie die Bedeutung der Worte und deren grammatische Stellung es erfordert, lautet die Stelle folgendermaassen: „Wer inutiliter stipulirt hatte, als er stipuliren wollte „non constitui sibi,“ (wie kann man sich es denken, dass Jemand sich das Versprechen konnte geben lassen, non constitui sibi!) von dem ist zu sagen, er könne nicht de constituta klagen, weil sich in dem Hergange nicht der animus constituentis, sondern promittentis ausspricht.“ Wie aber kann eine stipulatio animo promittendi von demje-

nigen bewirkt werden, der sich etwas hatte versprechen lassen? Die Basiliken geben dafür weiter nichts, als den Satz, dass eine inutilis stipulatio auch nicht als constitut. gelten könne.

„l. 5. §. 1. Julianus, Legatum Romae constituentem, quod in provincia acceperat, putat conveniri debere: quod et verum est. Sed (et) si non cum Romae esset, sed in provincia adhuc, constituit se Romae soluturum, denegatur in eum actio de constituta.“

Die Vorschrift scheint sich bloss auf den Legaten zu beziehen, und ihren Grund nicht sowohl in dem Civil- als in dem Staatsrechte gehabt zu haben.

„l. 5. §. 3. Julianus quoque lib. 11. scribit: Titius epistolam ad me talem emisit: Scripsi (me) secundum mandatum Seji, si quid tibi debitum adprobatum erit, me tibi cauturum, et soluturum sine controversia; tenetur Titius de constituta pecunia.“

Es hatte Titius an einen Gläubiger geschrieben: In Folge des Sejus an mich gerichteten Anverlangens, habe ich demselben geschrieben, dass ich ohne Widerrede für dasjenige einstehen will, zu dessen Betrage er sich für deinen Schuldner bekennen wird. Hier ist dem Gläubiger, die Worte rein grammatisch aufgefasst, nichts versprochen. Allein der Briefsteller wird demohngeachtet de constituta pecunia obligat. Denn der Wille für den Sejus einzustehen, hat sich klar genug an den Tag gelegt, wie denn überhaupt bei dem constituto, das an keine Formeln gebunden war, Alles blos auf den deutlich erklärten Willen ankommt. Man vergl. l. 14. §. 3.

„Constituere autem et praesentes et absentes possumus, sicut pacisci et per nuncium, et per nosmet ipsos, et quibuscunque verbis.“

„l. 11. pr. Hactenus igitur constitutum valebit, si, quod constituitur, debitum sit, etiam si nullus appareat, qui interim debeat, utputa, si ante aditam hereditatem debitoris, vel capto eo ab hostibus, constituat quis se soluturum; nam et Pomponius scribit, valere constitutum, quoniam debita pecunia constituta est.“

Man kann für eine erbschaftliche Schuld als Constituent eintreten, obschon kein Schuldner da ist, weil die Erbschaft noch von Niemandem ist angetreten worden. Die Voraussezzung des Constituti, eine pecunia debita, ist nun nichts weniger vorhanden.

Dass derjenige, welcher ein debitum constituirt, das Constitutum auch bloss auf die mindere Summe, und wenn Capital und Zinsen geschuldet werden, nur auf die Zinsen richten könne, ist im Verhältniss zu der fidejussio nichts Neues.

„l. 13. Sed si quis viginti debens decem constituit se soluturum, tenebitur.“

„l. 26. Quidam ad creditorem literas ejusmodi fecit: Decem, quae Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, salva ratione usurarum habes penes me, Domine. Respondi: secundum ea, quae proponerentur, actione de constituta pecunia eum teneri.“

Eben so enthält l. 16. pr. nichts Neues in Vergleich mit der fidejussio. Wie zwei Personen in solidum als Bürgen haften können, so auch als constituentes debiti alieni. „Si duo, quasi duo rei constituerimus, vel cum altero agi poterit in solidum.“

Folgende Stellen sollen in Verbindung mit der Lehre vom Verzuge behandelt werden. l. 16. §§. 3. und 4. — l. 17. — l. 18.

Wie für Verbindlichkeiten aus Privatdelicten Bürgen gestellt werden können, so können dergleichen Verbindlichkeiten ebenfalls Gegenstand des constituti sein.

„l. 29. Qui injuriarum, vel furti, vel vi bonorum raptorum tenetur actione, et constituendo tenetur.“

„l. 18. §. 2. E re autem est hic subjungere, utrum poenam contineat haec actio, an rei persecutionem? Et magis est, ut etiam Marcellus putat, ut rei sit persecutio.“

Man konnte durch das constitutum sich keine neue und grössere Schuld aufladen, da es seine Basis in einer früheren Schuld hatte, und nur insofern existirte, als es sich auf dieser Basis hielt. Demnach war es kein constitutum, wenn man im Falle unterbliebener Zahlung mehr als den ohnehin schuldigen Betrag zu entrichten versprach.

„l. 16. §. 1. Sed et certo loco et tempore constituere quis potest; nec solum eo loco petere, ubi ei constitutum est, sed exemplo arbitrariae actionis, ubique potest.“

Die Stelle enthält weiter nichts, als einen Beleg mehr, dass const. deb. alieni und fidejussio einander in materieller Hinsicht gleichstehen. Wenn zwei Personen, die für eine und dieselbe Schuld fidejubiren, in solidum gehalten werden, so auch zwei Personen, welche ein und dasselbe debitum constituiren.

l. 22. ist ebenfalls ganz analog den in Verbindung mit der Fidejussio angeführten Bemerkungen.

„Si post constitutam tibi pecuniam hereditatem ex Senatusconsulto Trebelliano restitueris, quoniam sortis petitionem transtulisti ad alium, deneganda est tibi pecuniae constitutae actio. Idem est in hereditatis possessore post evictam hereditatem. Sed magis est ut fideicommissario, vel ei, qui vicit, decernenda esset actio.“

Jemand hatte eine Erbschaft als Fiduciar auszuantworten,

oder war nur vermeintlicher Erbe, und er muss den Nachlass dem wirklichen Erben, zufolge der heredit. petit., ausantworten. Vorher aber ist ihm ein debitum hereditarium constituirt worden. In einem solchen Falle geht das Klagerecht mit der Erbschaft auf den Fideicommisserben, den obsiegenden Kläger, über.

Schwieriger ist l. 24.

„Titius Sejo epistolam emisit in haec verba: remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Majis probos; quodsi ad diem suprascriptum non dedero, tunc dare debebo usuras tot. Quaero, an L. Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit? Marcellus respondit: si intercessisset stipulatio, successisse. Item quaero: an, si non successisset, de constituta teneatur? Marcellus respondit: in sortem teneri; est enim humanior et utilior ista interpretatio.

Der entscheidende Punkt, welcher bei dieser Stelle nicht aus den Augen zu lassen, ist der: dass die Stipulation eine neue Verbindlichkeit schafft, das Constitutum nicht gedacht werden kann ohne eine bereits vorhandene Verbindlichkeit, der jenes sich als Modification oder accessorium anschliesst und dass tot usuras sich nicht auf die Zukunft, sondern auf die Vergangenheit bezieht. Titius war Vormund. *) Seine Mündel waren dem Sejus 150 Thlr. — schuldig und davon 100 Thlr. — abgetragen. Welche Bewandniss es mit dem Rückstande von 50 Thlr. — hatte, sagt das Fragment nicht. Wir haben also auch keinen Grund, vorauszusetzen, dass davon versprochene oder Verzugszinsen gefällig waren, als Titius an den Sejus schrieb:

Ich habe dir noch 50 Thlr. — zu bezahlen; du sollst sie richtig letzten December d. J. erhalten, und wenn ich sie dir auch da nicht gebe, so sollst du für die Zeit, wo du das Geld entbehrt hast, 2 Thlr. — Zinsen von mir erhalten. Wenn diess mittelst Stipulation verabredet wurde, so entstand ein ganz neues Schuldverhältniss, in Gemässheit dessen der Vormund nunmehr auf seine eigne Rechnung die 50 Thlr. — schuldig geworden war, und wenn er nicht zu dem bestimmten Tage zahlte, in Gemässheit der Stipulation die 2 Thlr. zu entrichten hatte, völlig abgesehen davon, ob und inwiefern in Gemässheit der ursprünglichen Schuld Capital und Zinsen konnten gefordert werden. Wenn aber Alles, was zwischen dem Sejus und Titius erfolgt war, sich auf jenen Brief beschränkte, so konnte Titius nur de pecunia constituta und also

*) Dass er es nicht mehr gewesen sei, wie die Glosse annimmt, besagt die Stelle nicht.

nur insofern gehalten sein, als Capital und Zinsen ein debitum waren. Die Zinsen erscheinen nach denjenigen Kennzeichen, welche in der Darstellung des Falles vorliegen, nicht als ein debitum, und also konnten sie nicht mittelst der actio de constituta gefordert werden.

„l. 25. §. 1. Si jurejurando delato, debere tibi juraveris, cum habeas eo nomine actionem, recte de constituta agis. Sed et si non ultro detulero jusjurandum, sed referendi necessitate compulsus id fecero, quia nemo dubitat, modestius facere qui referat, quam qui ipse juret, nulla distinctio adhibetur, tametsi ob tuam facilitatem ad meam verecundiam subsecuta sit referendi necessitas."

Wenn mittelst Leistung eines deferirten oder referirten Eides entschieden worden ist, dass dem Kläger die libellirte Forderung zustehe, so ist actio de pecunia constituta begründet; denn ein debitum ist alsdann wirklich oder doch so gut als wirklich vorhanden, weil die Parteien einverstanden sind, dass nach der Eidesleistung die mittelst der Klage geforderte Schuld als eine wahre und richtige Schuld gelten solle, und in Beziehung auf diess debitum tritt mit dem Eidesantrag ein Verhältniss ein, das sich als ein bedingtes constitutum ansehen lässt; denn der als Schuldner Beklagte verspricht die Schuld zu bezahlen, wenn der als Gläubiger sich gerirende Kläger den Eid leistet.

Cap. 2.

Wirkungen der Bürgschaft zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen.

1) Der Gläubiger kann von dem Bürgen die Befriedigung in keinem Falle früher verlangen, als die Hauptschuld gefällig ist.

2) Des Bürgen Interesse, dass zum Verkaufe der von dem Hauptschuldner dem Gläubiger bestellten Pfänder verschritten werde, giebt dem Bürgen kein Recht, diesen Verkauf von dem Gläubiger zu verlangen; es wäre denn ein Anderes verabredet worden.

3) Es kann aber der Bürge von dem Gläubiger Abtretung der Klage gegen den Hauptschuldner verlangen; auch dem Gläubiger, selbst gegen des Hauptschuldners Willen, sowohl diejenigen Einreden entgegenstellen, welche in des Gläubigers und Hauptschuldners Verhältnissen begründet sind, als auch solche, welche es nur in des Bürgen persönlichen Verhältnissen zu dem Gläubiger sind.

4) Wenn für dieselbe Schuld mehr als ein Bürge eingetreten, so hat der Gläubiger bis zu erlangter vollständiger Befriedigung das Recht, den Hauptschuldner oder welchen der Bürgen er sich auswählt, auf das Ganze, oder jeden der Bürgen auf jeden beliebigen Theil der Schuld zu belangen, ingleichen nach Gutdünken in der getroffenen Wahl zu wechseln.

5) Wenn mehrere Bürgen für dieselbe Schuld eingetreten sind, so ist keiner zu zahlen verbunden, bevor ihm der Gläubiger das Klagerecht gegen die übrigen abgetreten.

6) Der Mitbürge, welcher auf mehr, als auf seinen Antheil verklagt wird, kann verlangen, dass die Schuld zwischen ihm und denjenigen Mitbürgen, welche nicht insolvent sind, gleich getheilt werde, vorausgesetzt, dass der Bürge sich dieser Einreden nicht durch wahrheitswidriges Ableugnen der Bürgschaft verlustig gemacht hat.

Zahlungsunfähige Mitbürgen werden als Zahlungsfähige mitgezählt, wenn deren Antheile durch zahlungsfähige Nachbürgen gedeckt sind.

Wenn einer der Mitbürgen bedingte Bürgschaft geleistet hat, wird er so lange mitgezählt, als die Bedingung noch erfüllt werden kann.

Um seinen Antheil erhöht sich der der Mitbürgen, wenn er nach erfüllter Bedingung insolvent wird.

7) Der Bürge, welcher bereits Zahlung geleistet, jedoch eine geringere als sein Antheil beträgt, ist befugt, zu fordern, dass nicht bloss der Rest der Hauptschuld gleich unter ihm und den Mitbürgen getheilt werde, sondern die volle Hauptschuld, dergestalt, dass von seinem Antheile das bereits Gezahlte in Abzug komme.

8) Der Bürge, welcher die Theilung in Anspruch nimmt, kann den Streit über die Zahlungsfähigkeit der Mitbürgen dadurch vermeiden, dass er für den Erfolg der Klage gegen die Mitbürgen einzustehen übernimmt und dafür dem Gläubiger Caution leistet.

9) Der Antheil des Gläubigers, gegen welchen, als einen Zahlungsfähigen, die Schuld getheilt wor-

den, erhöht der übrigen Antheile nicht wieder, wenn die Insolvenz nach erfolgter litis contestatio eintritt.

10) Wenn solidarische Schuldner gesonderte Mitbürgen gestellt haben, so ist der Gläubiger nicht unter sämmtliche Bürgen sämmtlicher Schuldner, sondern nur unter den, von jedem einzelnen Schuldner gestellten Mitbürgen die Schuld zu theilen gehalten.

11) Der Bürge, welcher das beneficium divisionis geltend zu machen unterlassen, hat kein Recht, zurückzufordern, was er über seinen Antheil bezahlt.

12) Die Wohlthat der Theilung kommt dem Mitbürgen nicht zu statten in Hinsicht auf denjenigen Mitbürgen, dessen Bürgschaft ungültig ist.

13) Wenn aber ein Mitbürge gegen die Bürgschaft wieder in den vorigen Stand eingesetzt wird, so kann dessen Mitbürge nur in dem Falle die Wohlthat der Theilung nicht geltend machen, wenn ihm in Hinsicht auf die von jenem übernommene Verbindlichkeit eine Arglist zur Last fällt.

14) Der Nachbürge kann nicht verlangen, dass die Schuld zwischen ihm und dem Hauptbürgen getheilt werde.

§. 1.

Erläuterungen.

Zu Num. 1. 2. und 3.

Diese Sätze gehen sehr klar und einfach aus den Quellen selbst hervor.

Zu Num. 1. s. l. 57.

„Fidejussor antequam reus debeat conveniri non potest.“

Die Worte „in keinem Falle“ hat man um desswillen gebraucht, weil das Gefälligsein der Hauptschuld nicht unter allen Umständen die Klaganstellung gegen den Bürgen zulässig macht. Z. B. die Hauptschuld ist gefällig, allein der

Bürge nicht anders als aus einer noch nicht erfüllten Verbindlichkeit gehalten.

Zu Num. 2. s. l. 62.

„Si fidejussor creditori denunciaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret, vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fidejussor doli mali exceptione summovere? respondit: non posse."

„l. 51. §. 3. Creditor pignus distrahere non cogitur, si fidejussorem simpliciter acceptum, omisso pignore velit convenire."

„l. 63. Inter creditricem et debitorem pactum intercesserat, ut, si centum, quae mutua dederit, ubi primum petita fuissent, non solverentur, ornamenta pignori data intra certum tempus liceret ei vendere, et si quo minoris venissent, quam quod sortis vel usurarum nomine deberetur, id creditrici redderetur, et fidejussor acceptus est. Quaesitum est: an fidejussor in universam summam obligari potuerit? respondit: secundum ea, quae proponerentur, teneri fidejussorem in id, quod minus ex pignoribus venditis redactum esset."

Zu Num. 3. „verlangen."

Man vergl. „l. 13. Si mandatu meo Titio decem credideris, et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius; sed ego ibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id duntaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris."

„Einreden."

„l. 32. Ex persona rei, et quidem invito reo, exceptio et cetera rei commoda fidejussori caeterisque accessionibus competere potest."

Ein sehr einleuchtendes Beispiel hiezu giebt l. 49. pr.

„Si testamento liberatum debitorem heres omittat, fidejussorem autem ejus conveniat, proderit exceptio doli mali fidejussori propter improbitatem heredis, quae prodesse reo debuerat, si conveniretur."

„Als auch solche, welche nur etc."

Z. B. wenn der Bürge ein activum bei dem Gläubiger zu fordern hat, kann er der bürgschaftlichen Verbindlichkeit except. comp. entgegenstellen. Diess belegt l. 8. §. 3.

„Et post litem contestatam fidejussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio, et hoc et Julianus admittit, eoque jure utimur. An ergo condemnato reo exceptione uti possit? quaeritur; nam ipso jure non liberatur. Et si quidem judicati actionis acceptus non est, sed tantum litis exercitationis, rectissime dicetur, uti eum exceptione posse; si vero acceptus fuerit etiam totius causae, cessabit exceptio." Die nähere Erläuterung dieser Stelle, kann erst späterhin in Verbindung mit dem röm. Prozessrecht gegeben werden.

§. 2.

Zu Num. 4.

Die Bestätigung des Satzes unter Num. 4. aus den verschiedenen hier einschlagenden Stellen des Titels zusammenzusetzen, darf man sich überheben, da ihn l. 23. C. umfassend ausspricht. „Reos principales vel mandatores simpliciter acceptos eligere, vel pro parte convenire, vel satis non faciente, contra quem egeras, primo, post illum ad alium reverti, cum nullus de his electione liberetur, licet.“

Die Worte „simpliciter acceptos“ hat man so zu erklären: Der Gläubiger hat die Wahl, daferne die Mehreren sich schlechthin und ohne Nebenverabredungen verbindlich gemacht haben, welche des Gläubigers unbeschränktes Wahlrecht in entgegenstehende Grenzen verweisen. *)

Von denjenigen Beschränkungen des Satzes, welche auf dem beneficium divisionis beruhen, weiter unten.

§. 3.

Zu Num. 5.

Man vrgl. l. 17.

„Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere caeterorum nomina.

Der Ausdruck „venditio nominum“ bedarf keiner Rechtfertigung. Die Angemessenheit desselben spricht sich in dem Verhältnisse von selbst aus. Und indem der Satz unter Num. 5. ganz allgemein gefasst worden, ist darinne zugleich mit begriffen, was l. 41. §. 1. besonders hervorhebt, dass von mehreren Bürgen ein Jeder von dieser Rechtszuständigkeit bis zur Execution Gebrauch machen kann.

„Idem respondit: si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum judicati conveniri coeperit, posse eum desiderare, ut adversus eos, qui idem mandaverunt, actiones sibi mandentur.“

l. 36. ist in dieser Verbindung zu erwähnen.

„Cum quis, et reum et fidejussores habens, ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici, nullas jam esse, cum suum perceperit, et perceptione omnes liberati sunt; sed non ita est; non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.“

Hier wird ein Zweifel beseitigt, dessen geringe Erheb-

*) Man vrgl. Cod. l. 5. „Jure nostro est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur.“

lichkeit klar genug vorliegt. Wenn der Gläubiger die volle Befriedigung erhält, so bleibt ihm — könnte man sagen, — nichts mehr zu fordern, und also auch kein darauf gerichtetes Klagerecht, und eine solche venditio nominum dürfte insofern wie jeder Verkauf nicht existirender Objecte etwas Unausführbares sein. Allein es soll ja die Forderung nicht getilgt, sondern nur die Person des Inhabers gewechselt werden. Die Worte „ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet," scheinen nicht recht stringent. Sie drehen sich im Cirkel. Er soll die Klagen haben, weil er sie abtreten muss, während man, dass er sie abtreten müsse, nur dann sagen kann, wenn er sie hat.

Da unter mehreren Bürgen kein gegenseitiges vertragsmässiges Verhältniss statt findet, und darum eine unter denselben gegen die übrigen nur in Folge statt gefundener, von dem Gläubiger bewirkter, Klagabtretung regrediren kann, so ist es auch ganz natürliche Folge, dass ein solcher Einer unter mehreren Bürgen, keine anderen Rechte ausüben kann, als der Hauptgläubiger abzutreten hatte, und dass jener in dem Falle, welchen l. 59. enthält, nicht Eigenthümer der Pfänder wird, sondern als Pfandgläubiger zu beurtheilen ist. „Paulus respondit: fidejussorem, in quem pignora a confidejussoribus data translata sunt, non emtoris loco substitutum videri, sed ejus, qui pignora accepit, et ideo rationem fructuum et usurarum haberi oportere."

§. 4.

Zu Num. 2. b. Cap. 1. und dem Worte „Mitbürge" in Num. 6. Cap. 2.

Dem Satze unter Num. 6. und den darauf folgenden, von dem beneficio divisionis, der im Deutschen sogenannten Wohlthat der Theilung, handelnden, ist vor allen Dingen nachträglich zu Num. 2. b. Cap. 1. eine schärfere Bestimmung des Mitbürgen vorauszuschicken, als diejenige ist, nach welcher die juristische Bedeutung jenes Wortes gewöhnlich aufgefasst wird.

Nicht schon dadurch, dass zwei oder mehrere Personen sich für eine und eben dieselbe Schuld verbürgt haben, sind sie Mitbürgen und als solche zu dem beneficio divisionis berechtigt. Es ist nicht genug, dass für die Schuld des A sich B, C und D verbürgt haben; sie müssen sich auch gemeinschaftlich verbürgt, die Vertretung der Hauptschuld als eine ihnen gemeinsam obliegende Verbindlichkeit ausdrücklich bezeichnet haben, wenn als eine an die Mitbürgschaft geknüpfte rechtliche Folge die eintreten soll, dass der Gläubiger, wenn er Einen der Bürgen auf die Hauptschuld belangt, die Einrede soll gegen sich gelten lassen, dass er die Schuld un-

ter die mehreren Bürgen gleich zu vertheilen und von Jedem die theilweise Befriedigung zu verlangen habe.

Es ist diess vernünftig, und die Quellen bestätigen es mit grösster Evidenz. Den ersten Theil der vorstehenden Behauptung anlangend, denke man sich: A borgt dem B, und C verbürgt sich, späterhin auch D, aus Motiven, die bloss in des C Verhältnissen zu A liegen. Warum soll A, wenn diese Motiven späterhin wegfallen, nicht den D der Bürgschaft wiederum entlassen können, warum soll er gehalten sein, die Schuld zwischen C und D zu theilen? C hat auf eine Weise contrahirt, die ihn zur Bezahlung der vollen Schuld verbindlich machte; wie kann er in Gemässheit eines anderweiten factum, an dem er gar nicht Theil genommen, melioris conditionis werden, als er es gleich anfänglich geworden.

Diess bestätigen auch die Quellen. Man vrgl. l. 51. pr.

„Inter eos fidejussores actio dividenda est, qui solidum et partes viriles fide sua esse jusserunt.“ Nicht überhaupt, wo mehrere Bürgen sind, tritt das beneficium divisionis ein, sondern nur unter denjenigen Bürgen, welche für das Ganze und den auf jeden Einzelnen unter ihnen fallenden Kopftheil zu haften versprochen, die Sicherstellung des Gläubigers ausdrücklich zu einer gemeinschaftlich von ihnen zu gewährenden Sache gemacht haben. Dafür sprechen auch die folgenden Worte: „Diversum erit, verbis ita conceptis: Solidum aut partem virilem fide tua esse jubes? tunc enim ab initio nonnisi viriles partes singulos debere conveniet.“ Wenn Jeder der Bürgen gesagt hat: ich hafte für das Ganze oder partem virilem, so ist keine Gemeinschaft. Allein eine solche Wortfassung bewirkt, dass es des beneficii divisionis nicht bedarf, sondern ein Jeder der Bürgen unbedingt nur auf die partem virilem belangt werden kann. Denn in seine Wahl ist es gegeben, das Ganze oder den Theil zu leisten, und als gewiss ist vorauszusetzen, dass er beabsichtiget hat, von dieser Wahl nur auf die, ihm am mindesten lästige Weise Gebrauch zu machen.

Die Anwendung des Satzes, dass nicht eine jede Mehrheit für eine und dieselbe Schuld haftender Bürgen zu dem beneficio divisionis berufene Mitbürgen sind, findet sich in l. 15. §. 1.

„Si ex duobus, qui apud te fidejusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur; et si ab altero quindecim petere institueris, nulla exceptione summoveris, reliqua autem quinque si a priore fidejussore petere institueris, doli mali exceptione summoveris.“

Für die Schuld von 20 Thlr. war ein Bürge und noch ein Bürge eingetreten. Der Eine wird der Verbindlichkeit gegen Zahlung nicht von 10, sondern von 5 entlassen. Die

vollen, übrig gebliebenen 15, und nicht bloss 10, können von dem andern Bürgen gefordert werden. Diess wäre nicht möglich, wenn jede Mehrheit von Gläubigern als solche zu dem beneficio divisionis berechtiget wäre.

§. 5.

Zu Num. 6.

Die erste Proposition des Satzes unter Num. 6. spricht aus:

„l. 10. §. 1. Ita demum inter fidejussores dividitur actio, si non inficientur; nam inficiantibus auxilium divisionis non est indulgendum.“

Ferner l. 26. und 28.

„Inter fidejussores non ipso jure dividitur obligatio ex epistola D. Hadriani; et ideo si quis eorum ante exactam a se partem sine herede decesserit, vel ad inopiam pervenerit, pars ejus ad caeterorum onus respicit.“

„Si contendat fidejussor, caeteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam: si non et illi solvendo sint.“ Da die Theilung auf der factischen Voraussetzung beruht, dass die Mitbürgen zahlungsunfähig sind, so kann das sogenannte beneficium divisionis nicht anders als eine, im Fall der Kläger sie nicht eingesteht, zu beweisende Exception geltend gemacht, demnach aber auch Gegenstand prozessualischer Ausführung werden.

Die Bestimmung: „zahlungsunfähige Mitbürgen etc.“ bestätigt l. 27. §. 2.

„Praeterea si quaeratur: an solvendo sit principalis fidejussor? etiam vires sequentis fidejussoris ei adgregandae sunt.“

Die Vorschrift: „wenn Einer der Mitbürgen bedingte“ etc. bestätigt l. 27. pr.

„Si plures sint fidejussores, et unus pure, alius in diem vel sub conditione acceptus, succurri oportet ei, qui pure acceptus est, dum existere conditio potest, scilicet ut interim in virilem conveniatur. Sed si, cum conditio extitit, non est solvendo, qui sub conditione acceptus est, restituendam actionem in pure acceptum, Pomponius scribit.“

§. 6.

Zu Num. 7.

Den Satz unter Num. 7. enthält l. 51. §. 1., und zwar als eine Milderung (humanius) früher üblich gewesener, strengerer Rechtsansichten, nach welchen bei der divisio keine Rücksicht auf dasjenige genommen ward, was der Bürge, der darauf provocirte, bereits gezahlt hatte.

„Fidejussor, qui partem pecuniae suo nomine vel rei pro-

mittendi solvit, quominus residui divisione facta portionis judicium accipiat, recusare non debet. Eam enim quantitatem inter eos, qui solvendo sunt, dividi convenit, quam litis tempore singuli debent. Sed humanius est, si et alter solvendo sit litis contestationis tempore, per exceptionem ei, qui solvit, succurri.“

§. 7.

Zu Num. 8. und 9.

Den Satz unter Num. 8. bestätigt l. 10. pr. „Si dubitet creditor, an fidejussores solvendo sint, et unus ab eo electus paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confidejussores conveniantur in partem dico audiendum eum esse; ita tamen, ut et satisdationes offerat, et omnes confidejussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint; nec enim semper facilis est nominis emptio, cum numeratio totius debiti non sit in expedito.

Den Satz unter Num. 9. belegt:

„l. 51. §. 4. Cum inter fidejussores actione divisa quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt, ea res ad onus ejus, qui solvendo est, non pertinet, nec auxilio defendetur aetatis actor; non enim deceptus videtur, jure communi usus est.“

Der Verfasser bekennt, einen hinreichenden Grund dieses Ausspruches, ausser in dem Römischen Prozessrechte nicht auffinden zu können. Consequent aber ist es, dass dagegen dem Kläger auch dann nicht geholfen wird, wenn derselbe in andern Fällen als Minorenner berechtigt sein würde, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu fordern. Denn der Anlass zu dem Verluste liegt nicht allein in der Minorität, sondern einzig und allein in gesetzlichen Vorschriften. Hiermit ist zu verbinden die casuistische Erörterung von l. 52. §. 1.

„Inter fidejussores actione divisa condemnatus si desierit esse solvendo, fraus vel segnitia tutoribus, qui judicatum persequi potuerunt, damnum dabit; quod si divisam actionem inter eos, qui non erant solvendo, constabit, pupilli nomine restitutionis auxilium implorabitur.“

Wenn unter den Bürgen einer Mündelschuld die Klage getheilt worden, und der Eine insolvent wird, nachdem die Vormünder, wenn sie den Prozess richtig betrieben hätten, früher die Befriedigung hätten erhalten können, so werden die Vormünder für die bewiesene fraus oder segnitia verantwortlich. In integrum aber wird der Unmündige restituirt, wenn die Vormünder es haben geschehen lassen, dass die Klage unter insolvente Bürgen getheilt worden. Denn hier würde der Unmündige einen Verlust erleiden, der ihm durch Andere um desswillen erwächst, weil er nicht sich selbst vertreten konnte.

§. 8.

Zu Num. 10.

Man vergl. l. 51. §. 2.

„Duo rei promittendi separatim fidejussores dederunt. Invitus creditor inter omnes fidejussores actiones dividere non cogitur, sed inter eos duntaxat, qui pro singulis intervenerunt. Plane si velit actionem suam inter omnes dividere, non erit prohibendus, non magis, quam si duos reos pro partibus conveniret.“

A und B sind solidarisch dem C 40 Thlr. — schuldig. A stellt den a und b und B den c und d separatim als Confidejussoren. Gegen welchen der Bürgen C auch klagen möge, des beneficii divisionis ungeachtet, kann er von jedem 20 Thlr. fordern, nicht bloss 10 Thlr. Ein abermaliger Beleg, dass das beneficium divisionis sich nicht weiter erstreckt, als soweit die Bürgen ihre Verbindlichkeit zu einer gemeinschaftlichen gemacht haben.

Ebendahin gehört auch der Fall, wo erst ein Schuldner vorhanden war, und dann ein anderer solidarisch hinzugetreten ist, ein jeder aber einen Bürgen gestellt hat. Diese sind nicht confidejussores.

Man vergl. l. 43. „Si a Titio stipulatus fidejussorem te acceperim, deinde eandem pecuniam ab alio stipulatus, alium fidejussorem accipiam, confidejussores non erunt, quia diversarum stipulationum fidejussores sunt.“

§. 9.

Zu Num. 11.

In allen Fällen, welche nach den Grundsätzen von der condictione indebiti zu beurtheilen sind, kommt es darauf an, ob das Gezahlte sich in irgend einem Sinne als debitum ansehen lasse. Nun ist die ungetheilte Hauptschuld um so unstreitiger auch eine Schuld des Bürgen, als er dieselbe nur vermittelst einer Ausflucht zu mindern im Stande ist, und daher den Satz unter Num. 11. vollkommen begründet. Er ist in der ep. D. Hadriani ausdrücklich anerkannt worden. Man vergl. die Schlussworte in „l. 49. §. 1. utilior est sententia, solutionem non indebitae quantitatis non debere revocari; quod etiam epistola D. Pii significatur in persona fidejussoris, qui totum exsolverat.“ Noch sind in dieser Stelle folgende Worte zu bemerken: „Quod si duo fidejussores accepti fuerint, verbi gratia in viginti, et alter ex duobus heredibus alterius fidejussoris totum creditori exsolverit, habebit quidem in decem, quae ipso jure non debuit, condictionem; an autem et alia quinque repetere possit, si fidejussor alter solvendo est? viden-

dum est; ab initio enim heres fidejussoris sive heredes, ut ipse fidejussor, audiendi sunt, ut scilicet pro parte singuli, qui fidejussores sunt, conveniantur.“

Sie enthalten einen Fall, der in Gemässheit jenes Grundsatzes beurtheilt worden. Der Hauptschuldner war 20,000 Thlr. schuldig. Er hatte zwei Bürgen, A und B, gestellt. Abgesehen von dem ausfluchtsweise geltend zu machenden beneficio divisionis war jeder Bürge 20,000 Thlr. zu bezahlen schuldig. B stirbt und hinterlässt zwei Erben, X und Y. Beide zusammen sind als nomen hereditarium 20,000 Thlr. schuldig; allein da „nomina hereditaria ipso jure divisa“ sind, ein jeder nur 10,000 Thlr. Als bürgschaftliche Schuld bezahlt Y volle 20,000 Thlr. Die Hälfte fordert er condict. indebiti zurück; denn er war nur 10,000 Thlr. schuldig. Allein was wird aus andern 5000 Thlr.? Hätte er das beneficium divisionis geltend gemacht, so wäre das nomen hereditarium auf 10,000 Thlr. herabgesetzt worden, und davon hätten ihn nur 5000 Thlr. getroffen. Kann er nicht auch diese 5000 Thlr. zurückfordern, wenn der Mitbürge solvent ist? Mit andern Worten: kann er das beneficium divisionis nachholen, wenn er bereits die ungetheilte Schuld bezahlt hat? Nur vor der Zahlung (ab initio enim etc.) muss der Bürge und sein Erbe mit dem beneficio divisionis gehört werden. Strenger, aber auch vorzüglicher (severior et utilior), fährt Papinian fort, ist die Meinung, welche ein solches Nachholen nicht verstattet.

§. 10.

Zu Num. 12.

Der Satz findet sich ausgesprochen in „l. 48. pr. Si Titius et Seja pro Maevio fidejusserint, subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem, cum scire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere.“

Das Gesetz ist deutlich und völlig rationell. Die darauf basirte generelle Bestimmung bedarf daher keiner weitern Rechtfertigung. In der nicht uninteressanten Beziehung, in welcher die Stelle zur Lehre von der ignorantia juris steht, wird dieselbe in einer andern Verbindung anderweit zu behandeln sein.

§. 11.

Zu Num. 13.

Der Satz ist consequent. Wenn ein Mitbürge gegen die Bürgschaft restitut. in integrum erhält, so spricht sich eben darin aus, dass er sich gültig verbürgt hatte, und nur in Hinsicht auf den Mitbürgen, dessen Bürgschaft von Haus aus ungültig war, findet das beneficium divisionis nicht statt.

Den Beleg des Satzes enthält l. 48. §. 1.

„Huic similis et illa quaestio videri potest: ob aetatem si restituatur in integrum unus fidejussor, an alter onus obligationis integrum excipere debeat? sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter incertum aetatis ac restitutionis. Quod si dolo creditoris inductus sit minor, ut fidejubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus confidejussorem, quam si facta novatione circumvento minore desideret in veterem debitorem utilem actionem sibi dari"

Ein Majorenner und ein Minorenner hatten sich gemeinschaftlich verbürgt. Das beneficium divisionis kam dem Majorennen zu Gute, auch wenn der Minorenne restitut. in integrum erhielt. Dem Gläubiger widerfährt damit kein Unrecht; denn seine Sache war es, sich darum zu bekümmern, mit wem er sich einliess. Gesetzt aber, nachdem der Majorenne sich schon verbürgt hatte, schob er, um das beneficium divisionis zu erlangen, einen Mitbürgen ein, und zwar arglistigerweise, einen Minorennen, der restitut. in integrum in Anspruch nehmen kann. Von einer Arglist ist die Rede; denn der dolus creditoris im Folgenden und die Worte „propter incertum aetatis ac restitutionis" bezeichnen als Gegensatz zu dem dolo creditoris einen dolum fidejussoris. Diess Manoeuvre soll, wie billig, dem Bürgen nicht helfen. Wenn aber der Gläubiger doloserweise den Minorennen bestimmt hatte, Bürgschaft zu übernehmen, damit der Majorenne sich um so williger verbürgen möchte, weil sich ein Mitbürge gefunden hatte, und jener alsdann restitut. in integrum erlangen sollte, dann kann der Gläubiger des Majorennen wohl erlangtes Recht auf die Theilung nicht zu Nichte machen und von ihm das Volle verlangen. Ebenfalls höchst billigerweise.

§. 12.

Zu Num. 14.

Den Satz bestätigt l. 27. §. 4.

„Si fidejussor fuerit principalis, et fidejussor fidejussoris, non poterit desiderare fidejussor, ut inter se et eum fidejussorem, pro quo fidejussit, dividatur obligatio; ille enim loco rei est, nec potest reus desiderare, ut inter se et fidejussorem dividatur obligatio. Proinde si ex duobus fidejussoribus alter fidejussorem dederit, adversus eum quidem non dividitur obligatio, pro quo intervenit, sed adversus confidejussorem magis est, ut dividatur."

Der Nachbürge steht zu dem Hauptbürgen in dem Verhältnisse des Bürgen zu dem Hauptschuldner. Wie hier kein beneficium divisionis stattfindet, so auch dort nicht.

Cap. 3.

Erlöschen der Bürgschaft.

1) Die Bürgschaft erlischt in allen Fällen, wo die Hauptverbindlichkeit dergestalt aufgehoben wird, dass sogar zurückgefordert werden könnte, was in Folge derselben möchte gezahlt worden sein;

2) in allen Fällen, wo zur Fortdauer derselben erforderlich wäre, dass in Betreff einer und derselben Schuld eine und dieselbe Person zugleich entweder

a. Gläubiger und Bürge, oder
b. Hauptschuldner und Bürge, oder endlich
c. Hauptschuldner und Gläubiger sein könnte.

Jedoch

3) ist der unter 2. b. aufgestellte Satz, nach welchem die Bürgschaft erlischt, wenn Hauptschuld und Bürgschaft in einer und derselben Person zusammenfallen, von der Voraussetzung abhängig, dass auch des Hauptschuldners Verbindlichkeit eine bürgerliche, keine natürliche Verbindlichkeit gewesen sei.

Erläuterungen.

§. 1.

Zu Num. 1.

„l. 60. Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem respondit; cum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure, aut exceptione liberandum.“

Die Worte „cum vero genere novationis“ erhalten die Erläuterung durch l. 4. C. eod.

„Novatione legitime perfecta debiti in alium translati prioris contractus fidejussores vel mandatores liberatos esse, non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt.“

Wenn die Schuld auf die Person eines andern Schuldners übergetragen wird, so würde man des Bürgen Verbindlichkeit, wenn man sie demohngeachtet aufrecht halten wollte, im Wesentlichen abändern, man mag nun entweder nur die Formel beachten, mit welcher die Fidejussio bei den Römern bewirkt wurde (man vergl. z. B. „quantam pecuniam Titio credideris“) oder auch das consilium contrahentium, indem es dem Bürgen, der für den Titius eingetreten, nichts weniger als gleichgültig sein kann, wenn seine Bürgschaft auf einen andern, vielleicht weniger zahlungsfähigen Hauptschuldner soll übertragen werden.

Hierher gehört auch l. 68. §. 2. „Non possunt conveniri fidejussores, liberato reo transactione.“

„l. 46. Cum lex venditionibus occurrere voluit, fidejussor quoque liberatur, eo magis, quod per ejusmodi actionem ad reum pervenitur.“

Wenn die Hauptverbindlichkeit durch ein Gesetz aufgehoben wird, so fällt mit dem Principale natürlich auch die accessorische Verbindlichkeit des Bürgen hinweg. In dem citirten Gesetze liegt die Anwendung auf den Fall vor, wo ein Kaufgeschäft in Folge eines retrotractiven Gesetzes ungültig wird. Diess ersehen wir aus dem Worte liberatur. Ursprünglich musste das Geschäft gültig gewesen sein, weil sonst der Bürge nicht liberirt, sondern nie verbunden geworden wäre. Der Verfasser bekennt sein Unvermögen, mit den, übrigens auch in den Basiliken übergangenen, Worten: „eo magis, quod per ejusmodi actionem ad reum pervenitur,“ einen bestimmten Sinn verbinden zu können.

§. 2.

Zu Num. 2.

Die consequente Behandlung des Grundsatzes, dass die Bürgschaft zur Sicherheit des Gläubigers eine accessorische Forderung begründe, dass Niemand sein eigener Gläubiger und sein eigener Schuldner, Niemand Bürge für sich selbst sein könne, würde auf die obigen Bestimmungen führen, auch wenn sie nicht besonders durch die Autorität der Pandectenfragmente unterstützt wären.

Man vergl. l. 21. §. 3.

„Quod si stipulator reum heredem instituerit, omnimodo fidejussoris obligationem peremit, sive civilis, sive tantum naturalis in reum fuisset, quoando quidem nemo potest apud eundem pro se ipso obligatus esse. Quod si idem stipulator fidejussorem heredem

scripserit, procul dubio solam fidejussoris obligationem peremit. Argumentum rei est, quod, si possessio rerum debitoris data sit creditori, aeque dicendum est, fidejussorem manere obligatum."

Wenn Hauptschuldner und Gläubiger zusammenfallen (zu c.), weil der Gläubiger (stipulator) den Schuldner zum Erben eingesetzt hat, so existirt die Hauptschuld nicht weiter, und zwar um desswillen, weil Niemand sich selbst kann schuldig sein, und mit der Hauptverbindlichkeit ist auch die accessorische erloschen. Diess ist unstreitig einfacher, als die Bemerkung, dass Niemand sich selber für sich selber obligat sein könne („quoniam quidem nemo potest apud eundem pro se ipso obligatus esse"). Wenn der Gläubiger den Bürgen zum Erben einsetzt (zu a.), so bleibt für das accessorische Recht kein Object; denn Niemand kann etwas von sich selbst zu fordern haben, es sei nun aus einer principalen oder accessorischen Verbindlichkeit. Der Verfasser gesteht, dass er die Schlussworte des Paragraphen nicht einmal als argumentum a contrario begreift. Denn in allen Fällen, wo zu Sicherstellung seiner verbürgten Forderung der Gläubiger Immission in des Schuldners Güter erlangt hat, ist keine Veränderung in den Personen eingetreten.

Wenn Gläubiger und Bürge (zu a.) in einer Person zusammenfallen, so bleibt die Principalobligation unverändert (die actio ex stipulatu.) Könnte aber nicht das Individuum, welches des Gläubigers und des Bürgen Person in sich vereinigt hat, gegen den Schuldner sagen: vermittelst jener Vereinigung ist die Klage aus der Bürgschaft gehoben, und nun klage ich gegen dich mandati, so gut als wenn ich durch Zahlung meine bürgschaftliche Obligation getilgt hätte? Das kann er nicht. Denn nicht der Untergang der bürgschaftlichen Verbindlichkeit, sondern nur deren Untergang vermittelst einer Zahlung, welche zugleich den Hauptschuldner liberirt, begründet die act. mandati. In dem Falle aber, wenn Gläubiger und Bürge in einer Person zusammentreffen, ist ja die Hauptschuld nicht getilgt worden. Man vergl. l. 21. §. 5.

„Cum fidejussor reo stipulandi heres exstiterit, quaeritur, an, quasi ipse a se exegerit, habeat adversus reum mandati actionem? respondit: cum reus obligatus maneat, non posse intelligi ipsum a se fidejussorem pecuniam exegisse; itaque ex stipulatu potius, quam mandati agere debebit."

Zu dem Falle unter c. gehört auch l. 38. §. 1.

„A Titio, qui mihi ex testamento sub conditione decem debuit, fidejussorem accepi, et ei heres exstiti; deinde conditio legati exstitit. Quaero: an fidejussor mihi teneatur? respondit: si ei, a quo tibi erat sub conditione legatum, cum ab eo fidejussorem accepisses, heres exstiteris, non poteris habere fidejussorem obligatum, quia nec reus est, pro quo debeat, sed nec res ulla, quae possit deberi."

Von Titius, der mir aus einem Testamente ein bedingtes Legat schuldig war, erhielt ich einen Bürgen. Ihm („ei“ dem Titius) werde ich Erbe. Jetzt erfüllt sich die Bedingung des Legates. Da Niemand sich selber kann schuldig sein, so ist kein Hauptschuldner und keine Hauptschuld vorhanden, und also auch keine Bürgschaft.

Zu dem Falle unter b. gehört l. 14.

„Cum reus promittendi fidejussori suo heres exstitit, obligatio fidejussoria perimitur. Quid ergo est? tanquam a reo debitum petatur; et si exceptione fidejussori competente usus fuerit, in factum replicatio dari debebit, aut doli mali proderit.“

Bei den Worten: „et si exceptione fidejussori etc.“ muss man sich eine Ausflucht denken, die eben nur als Ausflucht gegen die Bürgschaft geltend gemacht werden könnte, nicht auch als selbstständige Forderung mittelst besonderer Klage; also kein Compensationsanspruch, der, von dem Bürgen auf den Hauptschuldner übergegangen, von diesem eben sowohl muss exceptivisch geltend gemacht werden können, als unbestreitbar desshalb von dem Erben besondere Klage angestellt werden könnte.

Daraus, dass die Bürgschaft erlischt, wenn Hauptschuldner und Bürge in eine Person zusammenfallen, ergiebt sich, dass es von Nutzen sein kann, einen und denselben Bürgen für einen jeden von zweien in solidum verbundenen Schuldnern zu bekommen. Der Bürge mag in einem solchen Falle Erbe des einen correi werden; immer kann er noch als Bürge des andern gehalten sein. Man vergl. l. 21. §. 4.

„Cum et tu et Titius ejusdem pecuniae rei essetis, eum, qui pro te fidejussit, posse et pro Titio fidejubere, respondit, quamvis eandem pecuniam eidem debiturus sit, nec tamen inanem eam creditori futuram, nonnullis enim casibus emolumentum habituram, veluti si ei, pro quo ante fidejussisset, heres existat; tunc enim confusa prima obligatione, posteriorem duraturam.“

Wenn die Hauptschuld nur zum Theil mit der Verbindlichkeit des Bürgen zusammenfällt, so kann die theilweise entstandene Ursache auch nur die theilweise Wirkung haben, und die Bürgschaft erlischt nur pro summa concurrente. Z. B. Lucius Titius bürgt für Sejus bei Septicius. Sejus beerbt mit zwei andern Erben den Titius zu gleichem Antheil. Die Bürgschaft ist zu einem Dritttheil erloschen, nicht zu den zwei Dritttheilen, welche von den Miterben des Sejus repräsentirt werden. Man vergl. l. 24.

„Lucius Titius, cum pro Sejo fratre suo apud Septicium intervenire vellet, epistolam ita emisit: si petierit a te frater meus, peto des ei nummos fide et periculo meo; post quam

epistolam Septicius Sejo pecuniam numeravit; deinde Titius inter reliquos et Sejum fratrem pro tertia parte reliquit heredem. Quaero: an, quia adversus Sejum debitorem Septicii confusa sit actio pro tertia parte, qua Titio fratri suo heres exstitit, cum coheredibus ejus agere in solidum possit? Marcellus respondit: cum coherede Seji non pro majore, quam hereditaria parte, mandati agi posse.“

l. 5. gehört ebenfalls zu dem Satze unter b. Man vrgl. „Generaliter Julianus ait: eum, qui heres exstitit ei pro quo intervenerat, liberari“

Die folgenden Worte: „Reum vero reo succedentem ex duabus causis esse obligatum. Nec enim potest reperiri, quae obligatio quam perimat; at in fidejussore et reo reperitur, quia rei obligatio plenior est.“ besagen Folgendes. Wenn für dieselbe Schuld zwei Individuen, nicht aber als Hauptschuldner und Bürge, sondern solidarisch haften, alsdann kann die Verbindlichkeit Beider in einem von ihnen zusammentreffen, und dennoch bleibt die Verbindlichkeit eines Jeden aufrecht erhalten. Denn es ist kein Grund vorhanden, aus dem eine die andere ausschliessen könnte, wie bei Hauptschuld und Bürgschaft, wo das Principale das Accessorium absorbirt. (quia rei obligatio plenior est.) Der weitere Inhalt der Stelle ist leicht zu verstehen. Ueber die besondere Bedeutung, die er in Beziehung auf das Prozessrecht erhält und welche zu erörtern hier nicht der Platz ist, an einem andern Orte.

„l. 50. Debitori creditor pro parte heres exstitit, accepto coherede fidejussore. Quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit, aut, quod est verius, solutionis potestate; sed pro parte coheredis obligatio salva est, non fidejussoria, sed hereditaria, quoniam major tollit minorem.“

Die Casuistik in dieser Stelle dient als Beispiel, sowohl für den Satz unter b) als auch unter c.)

D, der Schuldner von 100 Thlr., stirbt und hinterlässt den Gläubiger C als Erben zur Hälfte seines Vermögens. F, der andere Erbe, hat sich bei C für die 100 Thlr. verbürgt. Zu 50 Thlr. Erbantheil des C ist die Bürgschaft erloschen, weil insoweit Hauptschuldner und Gläubiger zusammenfallen. Zu dem Antheile des F an 50 Thlr. ist die Bürgschaft erloschen, weil Bürge und Schuldner in eine Person zusammengefallen sind; was jedoch den C nicht behindert, 50 Thlr. von F, von diesem aber nicht als Bürgen, sondern als nach Erbgangsrecht eingetretenem Hauptschuldner einzuklagen.

Ebenfalls ein Verhältniss, in welchem die Frage entsteht ob durch das Zusammentreffen des crediti und debiti in einer, Person die Bürgschaft erlösche, behandelt l. 71. pr. Das Fragment zerfällt in mehrere, besonders zu erörternde Propositionen.

1) „Granius Antoninus pro Julio Pollione et Julio Rufo pecuniam mutuam accipientibus, ita ut duo rei ejusdem debiti fierent, apud Aurelium Palmam mandator exstitit; Julii bona ad fiscum venerunt; similiter et creditori fiscus successerat; mandator allegabat se liberatum jure confusionis, quia fiscus tam creditori quam debitori successerat.“

P und R sind des A solidarische Schuldner geworden, und G hat sich verbürgt. G muss also, auch wenn nur P oder R belangt wird, für die ganze Summe einstehen. *) Des einen Schuldners P Güter werden confiscirt und eben so die des Gläubigers A. Im Verhältniss zu dem P ist also die Schuld confusione aufgehoben; nicht aber im Verhältniss zu dem R. Was wirkt diess in Hinsicht auf den G, welcher nunmehr seiner accessorischen Verbindlichkeit überhoben zu sein behauptet? Allgemein gefasst: wird der Bürge, der für solidarische Schuldner sich verbindlich gemacht, liberirt, wenn der unter c. bemerkte Fall nur in Hinsicht auf einen der Schuldner eintritt?

2) Die Worte: „Et quidem si unus debitor fuisset, non dubitabam, sicut fidejussorem, ita et mandatorem liberatum esse; quamvis enim judicio convento principali debitore mandator non liberetur, tamen ubi successit creditor debitori, veluti solutionis jure sublata obligatione, etiam mandator liberatur, vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse“ sind sehr unbedeutend. Sie sagen weiter nichts, als dass der Bürge liberirt sein würde, wenn P der einzige Schuldner gewesen und unter solchen Umständen die confusio eingetreten wäre.

3) In den Worten: „Sed cum duo rei promittendi sint, et alteri heres exstiterit creditor, justa dubitatio est, utrum alter quoque liberatus sit, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exemta, confusa obligatione?“ wird die Streitfrage wieder aufgenommen: inwieferne ist die obligatio vernichtet, wenn die confusio hinsichtlich Eines unter mehreren solidarischen Gläubigern eintritt? von deren Beantwortung natürlich auch die Entscheidung der Frage abhängt, inwieweit unter solchen Umständen die accessorische Verbindlichkeit des Bürgen vernichtet ist.

4) Nur in Hinsicht auf den P ist die Schuld vernichtet und also die Bürgschaft nicht auch in Hinsicht auf den R aufgehoben. „Et puto, aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam; sed et accessiones ex ejus persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut, quemadmodum incipere alias

*) Man vrgl. l. 40. Cum duo rei constituti sunt, sive ab utroque, sive ab alterutro fidejussor datus fuerit, in solidum recte accipietur.

non possunt, ita nec remaneant; igitur alterum reum ejusdem pecuniae non liberari, et per hoc nec fidejussorem vel mandatorem ejus;" den P anlangend, ist die Verbindlichkeit, wie gedacht, aufgehoben; denn wie sich Niemand (ut, quemadmodum nec remaneant) verbürgen kann unter Verhältnissen, wo gleich Anfangs Schuld und Forderung zusammentreffen würden, — man vergl. l. 56. §. 1. — ebenso hört eine Bürgschaft auf, wenn das Verhältniss nach übernommener Bürgschaft sich also gestaltet. R bleibt obligat und daher für diesen auch G.

5) In den Worten: „plane quia is mandati judicio eligere potest vel creditorem, competituram ei exceptionem doli mali, si coeperit conveniri" wird die Wirkung dieser fortdauernden Verbindlichkeit hervorgehoben. G hatte sich für P und R verbindlich gemacht. Er war des Einen und des Andern Bürge zu dem ganzen Schuldbetrage geworden. Daraus folgt, dass er die vollständig geleistete Zahlung von Einem wie dem Andern zurückfordern konnte; von dem P so gut wie von dem R. Daraus folgt weiter, weil der fiscus den P repräsentirt, dass, wenn der fiscus den Bürgen als Bürgen für des R unerloschene Verbindlichkeit belangt, G exceptionem doli entgegenstellen kann, weil er, was er für den R zahlen möchte, von dem P und nunmehr dem Fiscus, dessen Repräsentanten, zurückfordern könnte.

6) Der noch übrige Inhalt der Stelle beschäftigt sich bloss mit den Hauptschuldnern.

„Cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere. Quodsi creditor fidejussori heres fuerit, vel fidejussor creditori, puto convenire, confusione obligationis non liberari reum."

Gegen den R klagt der Fiscus in solidum oder nur in partem virilem, Letzteres wenn P und R als socii geborgt haben sollten, und Keines von Beiden Verbindlichkeit ist erloschen, wenn der Gläubiger nicht der beiden Schuldner oder eines von ihnen, sondern des Bürgen Universalsuccessor wird.

§. 3.
Zu Num. 3.

Den Satz belegt l. 21. §. 2. Die Stelle zerfällt in die folgenden vier Propositionen, von denen hier besonders die zweite und dritte interessiren.

a) „Servo tuo pecuniam credidi, eum tu manumisisti, deinde eundem fidejussorem accepi. Si quidem in eam obligationem fidejubeat, quae adversus te intra annum sit, obligari eum ait; sin vero in naturalem suam, potius esse, ut nihil agatur;

non enim intelligi posse, ut quis pro se fidejubendo obligetur.“

A borgt dem C, dem Sclaven des B, Geld. Dann manumittirt B den C, und C wird Bürge für die Schuld, die er bei A contrahirt hat. Diese Bürgschaft ist keine; denn Niemand kann Bürge und Hauptschuldner zugleich sein. Allein es ist eine Gestaltung der Umstände denkbar, wo diess eine Ausnahme leidet. Wenn nämlich B gehalten ist, die Schuld aus dem peculio des gewesenen Sclaven zu bezahlen, so trifft insoweit Hauptschuld und bürgschaftliche Schuld nicht in einer Person zusammen, und die Bürgschaft besteht.

b) „Quod si hic servus manumissus fidejussori suo heres exsistat, durare causam fidejussionis putavit, et tamen nihilominus naturalem obligationem mansuram, ut, si obligatio civilis pereat, solutum repetere non possit;“

Der Sclave ist seinem Herrn schuldig geworden, was naturaliter — wie schon oft erwähnt — der Fall sein kann, und hat einen Bürgen gestellt. Dann wird er manumittirt und wird endlich Erbe des Bürgen. Hier bleibt er erstlich naturaliter obligirt und wird es auch als Bürge; was insofern seinen Nutzen hat, als die obligatio fidejussoria ein Klagerecht giebt, das die obligatio naturalis nicht giebt. Die letzte bleibt aber unverändert, und auch das hat seinen Nutzen. Denn die civilis kann untergehen und alsdann bleibt die naturalis noch immer insofern wirksam, als nicht zurückgefordert werden kann, was in Gemässheit derselben möchte gezahlt worden sein.

c) „nec his contrarium esse, quod, cum reus fidejussori heres existat, fidejussoria obligatio tollatur, quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest.“

Zweimal kann man nicht gleichmässig für eine und dieselbe Schuld haften und also auch nicht zweimal bloss civiliter. In einem solchen Falle wäre kein Unterschied zwischen principale und accessorium, und wenn beide zusammenfallen, muss ersteres das letztere, nicht dieses jenes absorbiren. Allein wenn principale und accessorium insofern nicht zusammenfallen, als jenes als obligatio naturalis, dieses als blosse civilis gesondert erkennbar bleiben, fällt diese Ansicht hinweg.

d) „Retro quoque si fidejussor servo manumisso heres exstiterit, eadem adversus eum obligatio manet, quamvis et naturaliter teneatur, nec pro se quis fidejubere possit.“

Ganz dasselbe Verhältniss, wie in b), tritt ein, wenn der Bürge Erbe des Sclaven wird; alsdann repräsentirt er auch verschiedentlich obligate Personen, den Bürgen e causa civili, den Erblasser e causa naturali.

Anhang I.

Ueber des Bürgen Verhältniss zu dem Hauptschuldner.

Vorbemerkung.

In einen Anhang dasjenige zu verweisen, was sich über das in der Ueberschrift bemerkte Verhältniss in dem Titel der Pandecten findet, dazu lag die Veranlassung in dem Umstande, dass der Bürge in Beziehung zu dem Hauptschuldner sich als Beauftragter oder negot. gestor darstellt, und Mandat und negot. gestio keine besondern Modificationen erleiden, wenn sie eine Bürgschaft bezwecken.

§. 1.

Erläuterung der hieher gehörigen Stellen der Pandecten.

„l. 15. pr. Si stipulatus esses a me sine causa, et fidejussorem dedissem, et nollem eum exceptione uti, sed potius solvere, ut mecum mandati judicio ageretur: fidejussori, etiam invito me, exceptio dari debet; interest enim ejus, pecuniam retinere potius, quam solutam stipulatori a reo repetere."

In dem Mandate, eine Bürgschaft zu übernehmen, liegt die Voraussetzung, dass der Bürge für eine Schuld haften soll, und indem diess Mandat übernommen wird, macht der Bürge, der als Mandatar im Interesse des Mandanten zu handeln hat, sich zugleich zu Zahlung der Schuld nur unter der Voraussetzung verbindlich, dass letztere gefordert werden kann. Wenn nun Jemand auf den bizarren Einfall kommt, von dem Bürgen zu verlangen, dass dieser eine Nichtschuld bezahlen soll, so kann der Bürge diess thun, und alsdann des Gezahlten Erstattung actione mandati fordern; allein er braucht diess nicht zu thun, denn er ist dazu nicht verbunden, weil Sinn und Bedeutung des ursprünglich übernommenen Auftrags durch ein solches Ansinnen alterirt wird, und weil, wer ein Mandat übernommen, darum nicht im Voraus in jede Modification gewilligt hat, die diesem der Mandant späterhin einseitig geben möchte.

„l. 18. Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur, quanta ei debetur. Et ideo si fidejussor debitorem suum

delegaverit, quamvis eum, qui solvendo non erat, confestim mandati agere potest.“

Jeder, der als Mandatar mittelst einer an Zahlungsstatt überwiesenen schlechten Schuld eine Zahlung für den Mandanten macht, wird angesehen, als hätte er baar für denselben gezahlt. l. 18. enthält demnach nur die Anwendung eines auf jeden Mandatar passenden Satzes.

Wer sich gegen Jemand verbindlich macht, muss dieser Verbindlichkeit genügen. Hat Jemand sich in Folge eines, von einem Andern erhaltenen Auftrags verbindlich gemacht, so muss er ebenfalls dieser Verbindlichkeit genügen. Der Berechtigte hat nicht nach den Motiven zu fragen, aus denen die Verbindlichkeit ist übernommen worden. Daraus folgt, dass, wer als Mandatar eines prodigi oder furiosi für denselben Bürge wird, zahlen muss, was er als Bürge zu zahlen schuldig geworden.

„l. 25. Marcellus scribit: si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competat.“

Gegen den Auftragsgeber kann der Mandatar in einem solchen Falle nicht regrediren. Denn dieser kann gegen ihn nicht klagen, und also ist der Mandatscontract gar nicht vorhanden, der allemal ein gegenseitiger ist.

Jeder, der für einen Mandanten eine Zahlung zu machen hatte, und aus hinreichenden Gründen, anstatt zu zahlen, deponirt hat, ist in demselben Falle, wie der Bürge in l. 64.

„Fidejussor, qui minori XXV. annis pecuniam obtulit, et in publico loco metu in integrum restitutionis consignatam deposuit, confestim experiri mandati poterit.“

und ebenso ist Jeder, der als Mandatar früher zahlt, als die Schuld gefällig war, in gleichem Falle mit dem Bürgen in l. 31.

„Si fidejussor, vel quis alius pro reo ante diem creditori solverit, exspectare debebit diem, quo eum solvere oportuit.“

„l. 30. Fidejubere pro alio potest quisque, etiam si promissor ignoret,“

enthält den nicht neuen Satz, dass man nicht bloss als Mandatar, sondern auch als negotiorum gestor Bürgschaft leisten kann.

Kein Mandatar (m. s. Cap. 4. Num. 2. S. 59.) kann von dem Mandanten Ersatz desjenigen Verlustes fordern, der ihn bei Ausführung des Mandates verschuldeterweise getroffen hat. Demnach ist es kein der Bürgschaft eigenthümlicher Satz, welchen l. 67. enthält.

„Exceptione, quae tibi prodesse debebat, usus, injuria

judicis damnatus es. Nihil tibi praestabitur jure mandati, quia injuriam, quae tibi facta est, penes te manere, quam ad alium transferri, aequius est; scilicet si culpa tua injustae damnationis causam praebuisti."

Der Mandant (man vergl. S. 59. Cap. 4. Num. 1. b.) hat den Mandatar gegen diejenigen sicher zu stellen, zu denen letzterer in Folge der Ausführung des Mandates, sich in das Verhältniss des Schuldners zum Gläubiger gestellt hat. Daraus folgt, dass, wenn Jemand erhaltenem Auftrage zufolge, für des Verkäufers eines Grundstücks Verbindlichkeit, eintretenden Falls Eviction zu leisten, Bürge geworden ist, und darauf von dem Käufer auf Evictionsleistung belangt wird, der Bürge nicht nur das Gezahlte, sondern auch, noch ehe er zur Zahlung angehalten worden, von dem Hauptschuldner Sicherstellung gegen den Kläger verlangen kann. Man vergl. l. 45.

„Fidejussor pro venditore fundorum duorum, altero evicto, conventus ab emptore, condemnatus est in certam quantitatem. Quaesitum est: an cum herede venditoris ante diem, quo judicatum facere compelleretur, agere possit? Respondit: agere quidem posse, sed ex justa causa ad officium judicis pertinere, quo fidejussor aut defendatur, aut liberetur."

§. 2.

Zu 1. Auth. c. h. tit.

Justinians selbsteigene Gesetzgebung hat des Bürgen Verhältniss zu dem Hauptschuldner geändert. Nicht bloss durch die actionem mandati und negot. gestor. soll dem Bürgen geholfen werden, sondern auch dadurch, dass der Bürge den Gläubiger nöthigen kann, zuerst den Hauptschuldner auszuklagen; und erst dann, wenn jener von diesem die vollständige Befriedigung zu erlangen nicht vermöchte, soll gegen ihn, den Bürgen, die bürgschaftliche Verbindlichkeit geltend gemacht werden. Diess jedoch mit der Beschränkung, dass, wenn der Hauptschuldner abwesend und darum es schwerer ist, diesen zu belangen, als den Bürgen, letzterer sofort belangt werden, derselbe jedoch auch fordern kann, dass ihm eine mittelst richterlichen Ermessens zu bestimmende Frist gegönnt werde, um den Hauptschuldner zu sistiren, und dass alsdann erst nach Ablauf dieser Frist die Fortstellung der Klage gegen den Bürgen soll verstattet werden.

Man vergl. authentica Cod. h. tit.

„Praesente tamen utroque, non permittitur intercessorem conveniri, priusquam reus inventus est minus idoneus, sive in totum, sive in partem. Absente autem reo, praesens intercessor jure quidem convenitur, ipso tamen desiderante judex

definiet tempus, intra quod deducat reum primo conveniendum, ipso in subsidium reservando. Nam transacto tempore compellitur intercessor satisfacere, cessis sibi a creditore actionibus, absque distinctione contractus sive intercessionis."

Man wird darauf in Verbindung mit dem Novellenrecht zurükkommen.

Anhang II.

Erörterung in dem Vorhergegangenen unerwähnt gebliebener Stellen. *)

„l. 3. Qui satisdare promisit, ita demum implesse stipulationem satisdationis videtur, si eum dederit accessionis loco, qui obligari potest et conveniri. Ceterum si dederit servum, aut filium-familias, ex quibus causis de peculio actio non datur, vel mulierem, quae auxilio senatusconsulti utitur, dicendum est, non esse impletam satisdationis stipulationem. Plane si non idoneum fidejussorem dederit, magis est, ut satisfactum sit, quia qui admisit eum fidejubentem, idoneum esse comprobavit."

Diese Stelle bezieht sich nicht auf Rechte und Verbindlichkeiten, welche die Bürgschaft mit sich bringt, auch nicht auf die Voraussetzungen, unter denen eine Bürgschaft stattfindet oder erlischt, sondern auf ein ganz anderes Verhältniss, auf die Frage, was erfordert werde, damit derjenige, der einen Bürgen zu stellen versprochen, dieser Verbindlichkeit nachkomme. Hier leuchtet ein, dass so gut als kein Bürge gestellt worden, wenn der Gestellte nicht obligat werden kann, weil er entweder ein servus oder filius-familias ist, oder wenn sich eine Frau verbürgt hat, der als solche die exceptio Scti. Vellej. zu statten kommt. Dass der Verbindlichkeit Genüge geleistet worden, auch wenn kein zahlungsfähiger Bürge eingetreten, leuchtet ebenfalls ein, da es Sache des Gläubigers war, sich in dieser Hinsicht vorzusehen.

„l. 8. §. 4. A tutore, qui testamento datus est, si fuerit fidejussor datus, tenetur"

enthält die Anwendung der generellen Bestimmung in l. 1. auf einen besondern Fall.

Ebenso l. 8. §. 12. „Pro fidejussore fidejussorem accipi posse, nequaquam dubium est."

„l. 21. §. 1. Non est novum, ut fidejussor duabus obligationibus ejusdem pecuniae nomine teneatur, nam si in diem

*) l. 8. §. 3. und l. 33. werden in Verbindung mit Lehren des Römischen Prozesses behandelt werden.

acceptus, mox pure accipiatur, ex utraque obligatur, et si fidejussor confidejussori heres exstiterit, idem erit," bedarf keiner Erläuterung. Die Stelle enthält allgemein verständliche Wahrheiten, welche, wie die Grundsätze der Mathematik, nicht gelehrt zu werden brauchen, um nichts weniger aber aufgestellt werden müssen, weil in unzähligen Fällen bloss auf dieselben verwiesen zu werden braucht, um die schwierigsten casuistischenVerwicklungen vollständig zu lösen.

„l. 49. §. 2. Quaesitum est: an fidejussor, qui Capuae pecuniam se daturum Romae promisit, si reus promittendi Capuae esset, statim conveniri possit? Dixi: non magis fidejussorem confestim teneri, quam si ipse Capuae spopondisset, cum reus adhuc Capuam pervenire non potuisset, nec ad rem pertinere, quod hoc latere nemo dubitet nondum fidejussorem teneri, quia nec ipse reus promittendi teneretur, nam e contrario quoque, si quis responderit, quoniam debitor Capuae sit, fidejussorem confestim teneri, non habita ratione taciti proprii temporis, eventurum, ut eo casu fidejussor conveniatur, quo debitor ipse, si Romae fuisset, non conveniretur; itaque nobis placet, fidejussoriam obligationem conditionem taciti temporis ex utriusque persona recipere, tam rei promittendi, quam ipsius fidejussoris, quoniam aliud respondentibus contra juris formam in duriorem conditionem acceptus intelligetur."

Die Stelle gehört in die Lehre von der mora, und enthält, genau genommen, weiter nichts, als die Anwendung des Satzes, dass bei Beurtheilung der mora billige Rücksichten auf die Umstände genommen werden müssen. Man vergl. „l. 21. de usuris et fructibus (XXII. 1.) Sciendum est non omne, quod differendi causa optima ratione fiat, morae adnumerandum."

Der Hauptschuldner war in Capua. Ebendaselbst hatte der in Rom sich aufhaltende Bürge zu zahlen versprochen. Kann nun der Bürge sofort, von dem Augenblicke an, wo die Hauptschuld gefällig wurde, auf die Zahlung belangt werden? Nein, sagt Papinian, soviel Zeit muss man ihm gönnen, als ihm in Hinsicht auf die Entfernung der Orte zu gönnen ist. Denn auch wenn der Bürge in Capua, und der dort zahlungspflichtige Hauptschuldner in Rom wäre, müsste man doch dem Bürgen wenigstens soviel Zeit lassen, als der Hauptschuldner, vom Augenblicke der Verfallzeit an gerechnet, Zeit gebrauchen möchte, die Rimesse nach Capua zu effectuiren, indem sonst der Bürge früher würde in Anspruch genommen werden, als der Hauptschuldner in mora erschiene.

Wenn ein Sclave für einen andern als seinen Herrn sich verbürgt und zahlt, so hat der Herr condictionem indebiti.

Der Schuldner ist also, weil das Gezahlte zurückgefordert werden kann, nicht liberirt. Wenn aber der Herr von dem Schuldner vermittelst der, ihm durch die Handlung des Sclaven erworbenen actio mandati Erstattung des Gezahlten fordert, so genehmigt er die Zahlung, kann sodann nicht mehr condictionem indeb. anstellen und der Schuldner ist liberirt. Man vgl. l. 66.

„Si servus alienus pro Titio fidejussit et solvit, liberatur Titius, si dominus mandati contra eum agere instituit; nam qui mandati agit, ratam habere solutionem videtur.

„l. 69 Tutor datus ejus filio, cui ex fidejussoria causa obligatus erat, a semet ipso exigere debet, et quamvis tempore liberatus erit, tamen tutelae judicio eo nomine tenebitur; item heres ejus, quia cum eo ob tutelam, non ex fidejussione agitur. Et quamvis non quasi fidejussor, sed quasi tutor solverit, etiamsi tempore liberatus est, mandati actionem eum habere adversus reum promittendi dixi; haeret enim in utraque causa adhuc illius debiti persecutio; nam ejus solutione liberavit reum promittendi obligatione, in quam pro eo fidejusserat, et non titulus actionis, sed debiti causa respicienda est. Licet enim is tutor, qui fidejussor apud pupillum pro eo est obligatus, solvit se auctore pupillo, quia reo promittendi liberato et ipse tutor idemque fidejussor liberabitur, quod sua auctoritate efficere non potest, tamen (et) si non pro se solvendi animo, sed pro Titio fecit, ut maxime eum liberet, habebit cum eo mandati actionem.“

Die Stelle enthält weiter nichts, als den allgemeinen Satz: dass der Hauptschuldner als Mandant den Bürgen als seinen Mandatar für jeden durch die Bürgschaft dem letztern unabweislich erwachsene Verwendung zu entschädigen hat.

Der Vormund A ist dem B, des Mündels verstorbenem Vater, Bürge geworden für den Hauptschuldner C. Bevor die Hauptschuld getilgt wird, erlischt die Bürgschaft. Nunmehr ist der Vormund weiter nichts dem Mündel als Bürge schuldig. Allein was er ihm als Bürge schuldig gewesen, schuldet er ihm fort und fort als Vormund. Denn wenn ein Fremder Bürge gewesen wäre, und die vormundschaftliche Pflicht des A es mit sich gebracht hätte, von diesem die Forderung beizutreiben, und selbst zu vertreten, was er beizutreiben unterlassen hätte, so musste er im obenbemerkten Falle auch „a semet ipso debitum exigere,“ und wird dazu tutelae judicio angehalten, wenn er diess unterlassen. Darum hat er hinsichtlich dessen, was er „tempore liberatus a semetipso exegit“ actionem mandati gegen den Hauptschuldner, ohne dessen Mandat er weder erst als Bürge, noch auch nachher als Vormund etwas schuldig geworden wäre. Das Mandat, die causa debiti auf der Seite des Hauptschuldners, ist das Entschei-

dende, nicht der Umstand, dass gegen den Vormund judicio tutelae anstatt de pecunia constituta oder ex stipulatu geklagt werden kann. „Non titulus actionis" — nämlich gegen den A — sondern „debiti causa respicienda est;" ohne jenes Mandat wäre er weder so, noch so schuldig geworden zu zahlen. Die folgenden Worte, das sieht man deutlich, alteriren die Entscheidung nicht. Darum lässt der Verfasser, der sein Unvermögen bekennt, die unklare Wortfassung zu entziffern, dieselben auf sich beruhen.

„l. 72. Si fidejussori sub conditione obligato, si navis ex Asia venerit, quem sub hoc modo accepi, ut usque ad tempus vitae suae duntaxat obligaretur, pendente conditione acceptum latum fuerit, et is fidejussor adhuc pendente conditione mortuus fuerit, confestim a reo petere possum, quia existens conditio neque obligationem in personam jam mortui efficere, neque acceptilationem confirmare possit."

Die Stelle ist unverständlich, wenn man nicht von der Voraussetzung ausgeht, dass dieselbe Bedingung, unter welcher der Bürge obligat war, zugleich die der Hauptschuld selbst gestellte Bedingung war. So ist die Stelle auch in den Basiliken aufgefasst. *) Die Hauptschuld war unter der Bedingung gefällig: „si navis ex Asia redierit" und dabei mit dem Bürgen ausgemacht worden, dass die Bürgschaft gültig nur für die Dauer seiner Lebenszeit sein solle. Bevor das Schiff ankommt, stellt der Gläubiger dem Bürgen ein Empfangsbekenntniss aus, und dann stirbt Letzterer. Jetzt wird die Bedingung erfüllt. Kann der Gläubiger noch die Schuld von dem Schuldner fordern? Er kann es. Die nach des Bürgen Tode erfüllte Bedingung kann gegen den Bürgen, der nur ad dies vitae verbunden sein wollte, nicht retrotrahirt werden, und eine Quittung über eine Nichtschuld kann nicht zu einer Quittung über eine Schuld werden, wenn nachher Umstände eintreten, welche, wenn sie vorher eingetreten wären, die Nichtschuld zu einer Schuld gemacht hätten. Des Gläubigers Verfahren gegen den Bürgen stellt weiter nichts dar, als einen Erlass der bürgschaftlichen Verbindlichkeit.

*) Si fidejussori, quem in hoc accepi, ut usque ad tempus vitae suae obligaretur mihi, pendente conditione acceptum tulero, is autem priusquam existeret conditio vita decesserit etc.

Cap. 4.

Zu dem Titel des Codex de fidejussoribus et mandatoribus (VIII. tit. 41. *)

Der Titel des Codex de fidejussoribus et mandatoribus ist in der zwiefachen Beziehung zu erörtern, in welcher er theils

a. die Anwendung der bereits in dem Pandectenrechte ausgesprochenen oder aus demselben zu abstrahirenden Rechtssätze enthält, theils

b. Abweichendes oder Neues enthaltende Vorschriften aufstellt.

§. 1.

Stellen, welche die Anwendung bereits in Gemäsheit des Pandectenrechtes aufgestellter Sätze enthalten.

1) „l. 3. Non recte procuratores nostri, si allegationi tuae fides adesset, audire te noluerunt ex bonis fidejussoris, quae ad fiscum pervenerunt, pecuniam repetentem, sed reum principalem convenire jusserunt, cum electionis potestas permittatur creditori. Sed cum duos fidejussores accepisse te proponas, si alter idoneus est, intelligis, te divisa quantitate partem competentem a Procuratore (nostro) petere debere, et adversus alium fidejussorem ejus experiri. Nam licet significes, adjectum esse in obligatione, ut singuli in solidum tenerentur, tamen nihil haec res mutat conditionem juris et constitutionem. Nam et cum hoc non adjiciatur, singuli in solidum

*) Die Stellen des einschlagenden Titels der Institutionen (3, 21.) haben bereits, insoweit sie ein Resultat geben oder unterstützen, Erwähnung in den vorhergegangenen Capiteln gefunden.

non tenentur, sed ubi sunt omnes idonei, in portionem obligatio dividitur.“

Was von dem Bürgen gilt, das gilt auch von dessen Universalsuccessoren (Cap. 1. Num. 7.) Daraus folgt, dass der Fiscus, dem des Bürgen Güter verfallen sind, als Universalsuccessor gehalten ist, der bürgschaftlichen Verbindlichkeit gerecht zu werden. Man vergl. die Worte: „Non recte permittatur creditori.“

Wenn aber von dem Universalsuccessor des Bürgen dasselbe gilt, was hinsichtlich des Bürgens selbst Rechtens ist, so kommt auch dem Fiscus, welcher eines einzelnen Mitbürgen Universalsuccessor geworden ist, das Recht zu, dass zwischen ihm und dem zahlungsfähigen Mitbürgen die Schuld getheilt werde. Man vrgl. die Worte „Sed quum ejus experiri.“

Der übrige Inhalt der Stelle beschäftigt sich mit einer sehr unbedeutenden casuistischen Erörterung. Der Gläubiger war in dem obenbemerkten Falle nicht befugt, dem Fiscus das beneficium divisionis zu verweigern, weil sich die sämmtlichen Mitbürgen ausdrücklich in solidum hatten verbindlich gemacht. Denn Mitbürgen sind ohnehin in solidum verhaftet, und nicht der Gläubiger verbunden, selbst die Schuld unter ihnen zu theilen, sondern die Mitbürgen (Cap. 2. Num. 6.) sind nur befugt, die Theilung exceptivisch zu fordern. Man vrgl. die Worte: „Nam licet significes etc.“

2) Wenn (Cap. 3. Num. 1.) die Bürgschaft in allen Fällen mit dem gänzlichen Untergange der Hauptschuld erlischt, so muss erstere auch dann erlöschen, wenn des Schuldners Verbindlichkeit gegen Uebernahme einer andern aufgehoben worden (novatione) und der Bürge der neuen Verbindlichkeit nicht beigetreten ist.

Man vrgl. l. 4. „Novatione legitime perfecta, debiti in alium translati prioris contractus fidejussores vel mandatores liberatos esse, non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt.“

3) l. 5. und 6. sind bereits S. 123. und 119. citirt worden.

4) „l. 7. Si creditor conditioni mandato adscriptae, cum pecuniam mutuam daret, in accipiendis hypothecis non paruit, frustra te judicio mandati convenit, quando non aliter te obligasse intelligaris, quam si pignoribus contraheretur obligatio.“

Es war Jemand dem Gläubiger nicht Bürge sondern Mandator geworden, hatte ihm aufgetragen, einem Dritten Geld zu leihen, dabei aber sich ausdrücklich bedungen, dass das Darlehn nur gegen hypothekarische Sicherheit sollte bewirkt werden. Wenn nun der Gläubiger den Mandator actione mandati auf Erstattung des Darlehns belangt, obschon er verabsäumt hat, sich Hypothek bestellen zu lassen, so kann nach

den Grundsätzen von dem Mandate, und da der Kläger in dem vorliegenden Falle den Auftrag nicht gehörig in das Werk gestellt hatte, seine Klage keinen Erfolg haben.

5) „l. 8. Filius-familias, qui pro patre, quamvis in venditione fundi, fidejussit, tenetur.“

Wenn ein Sohn sich für den Vater verbürgt, so ist kein Grund abzusehn, warum nicht auch diese Art vertragsmässig übernommener Verbindlichkeit dem Gläubiger so viel Recht gewähren sollte, als man überhaupt aus den, mit einem filio-familias eingegangenen Verträgen erwerben kann. Nun hatte bei dem Verkaufe eines Grundstücks ein filius-familias Bürgschaft für den Vater, ohnstreitig also hinsichtlich der, eintretenden Falls den Verkäufer treffenden, Eviction geleistet; denn diess ist der eventuelle Schuldnexus, in welchen jeder Verkäufer kommt. Diese Bürgschaft war gültig. Aus dem quamvis aber ersehen wir, dass es zweifelhaft war, ob ein Sohn, wenn schon er im Allgemeinen Bürgschaft für den Vater leisten mag, Bürge für denselben in einer solchen Beziehung werden könne. Wahrscheinlich fand man die Schwierigkeit darin, dass der Sohn unter solchen Umständen insofern Bürge für eine scheinbar eigene Verbindlichkeit wurde, als die filii-familias in Hinsicht auf die väterlichen Güter für Eigenthümer „etiam vivo patre quodammodo aestimantur.“ *)

6) „l. 9. Etiamsi de jure obligationis pignorum actum fuerit, fidejussoribus liberatio non contingit.“

Bestätigung des Satzes in Cap. 2. Num. 4., nach welchem von dem Hauptschuldner und also auch rücksichtlich mittelst von demselben gestellter Pfänder die Befriedigung gesucht zu haben, den Gläubiger nicht in der Zuständigkeit beschränkt, die Bürgen in Anspruch zu nehmen.

7) „l. 10. pr. Fidejussor seu mandator, si in usuras quoque obligatus est, justam causam recusandi eas solvere non habet.“

Die Anwendung des Satzes Cap. 1. Num. 6.

„§. 1. Ut autem is, qui cum altero fidejussit, non solum conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet.“

Die Anwendung von Cap. 2. Num. 6.

8) „l. 11. Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito

*) „l. 11. de liber. et posth. hered. instit. (28. 2.) In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini aestimantur. Unde etiam filius-familias appellatur, sicut pater-familias, sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt; nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat.“

satisfaciat, actio ei adversus eum, qui una fidejussit, non competit. Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut jus pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur, et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. Quod et in privatis debitis observandum est."

Es bedurfte in den, über die Bürgschaft ausgesprochnen Sätzen keiner ausdrücklichen Erwähnung, dass die Mitbürgen gegen einander kein Klagerecht haben. Denn da sie die Mitbürgschaft in kein gegenseitiges Contractsverhältniss unter sich stellt, so fehlt es an der zu einem solchen gegenseitigen Klagerechte erforderlichen Voraussetzung. Dass der zahlende Mitbürge für die Zahlung von dem Gläubiger Klageabtretung gegen die übrigen Mitbürgen verlangen könne, ist zu Cap. 2. Num. 6. erörtert worden. Wenn ein Mitbürge vollständig gezahlt und also die Verbindlichkeit getilgt hat, ohne sich die Klage gegen den Mitbürgen abtreten zu lassen, so ist nach getilgter Verbindlichkeit und somit auch erloschenem Klagerechte keine noch abtretbar gebliebene Klage übrig. Dass diess sich alles so verhält, auch wenn der Fiscus Hauptgläubiger ist, würde sich, da jede Regel ausnahmslos gilt, insoferne eine Ausnahme nicht nachgewiesen, von selbst verstanden haben.

9) „l. 12. Blanditus tibi est, qui non teneri te persuasit, quod cum pro alio intervenires, ὅτι οὖν θέλεις ποιήσω, dixisti, cum et his verbis obligationem verborum (posse) contrahi, pridem receptum est." Schon S. 116. erwähnt.

Nicht in die Lehre von der Bürgschaft gehört die in der Geschichte der Römischen Polizeigewalt absonderlich merkwürdige in l. 13. erlassene Verfügung, laut der man einem decurio die feierliche Zusage (sponsio) abgenommen hatte, dass er einen Räuber aufgreifen werde und ihn, weil er die Zusage nicht erfüllt, an den praefectus praetorio oder Praeses der Provinz, abzuliefern befahl. Was darauf weiter mit ihm geworden, diese Frage bleibt leider unbeantwortet.

„Si Barsatorem latronem Lysanias decurio inventurum se spopondisset, aut exhibere compellendus est, aut transmittendus ad Praefectum praetorio vel ad Praesidem provinciae."

10) „l. 14. Mandati actio personalis est. Quae si nomine fidejussoris, vel adversus debitorem seu heredes ejus competit, Praeses provinciae, quae deberi compererit, reddi jubebit. Pignora etenim, quae reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemtione solutio celebrata est vobisque mandatae sunt actiones. Quod si factum est, ea quoque vobis persequentibus adversus pignorum possessores, extraordinariam jurisdictionem idem vir clarissimus impertietur."

Die Stelle besagt weiter nichts, als dass der Bürge gegen erfolgende Zahlung von dem Gläubiger Abtretung des

Klagerechtes erhalten kann. Ein eigenthümliches, jedoch in das Prozessrecht gehöriges, Interesse bietet die Stelle nur in Beziehung auf die extraordinaria cognitio, mittelst welcher der Praeses provinciae dem Bürgen gegen die Besitzer der Pfänder zu seinem Rechte verhelfen soll.

11) „l. 15. Si indebitam pecuniam quasi ex causa fidejussionis obstrictus, in cautionem per errorem deduxisti, tam doli mali exceptione uti, quam condicere, ut obligatio tibi accepto feratur, potes. Non est autem dubium, fidejussorem rei promittendi, bonis ad fiscum devolutis, si idem fiscus ob debitum restituendum fuerit conventus, et solverit, liberari.“ Die Stelle gehört zum Theil gar nicht in die Lehre von der Bürgschaft und enthält überhaupt, soweit sie dahin gehört und soweit sie nicht dahin gehört, gar nichts Neues.

Wer einen Schuldschein ausgestellt hat, in der irrigen Meinung, dass er die darin vorgeschriebene Summe in Folge einer Bürgschaft schuldig geworden sei, der kann nicht nur exceptionem doli gebrauchen, wenn er aus diesem Scheine belangt wird, sondern kann auch Ausantwortung — Eines wie das Andere ist nichts der Bürgschaft Eigenthümliches — des Scheines selbst verlangen. Man vrgl. die Worte: „Si indebitam potes.“

Eben so uninteressant ist der folgende Satz:

„Non est autem dubium etc.“

Wenn des Hauptschuldners Güter dem fiscus verfallen sind, der fiscus verklagt worden ist und Zahlung geleistet hat, so ist die Bürgschaft erloschen. Man vrgl. Cap. 1. Num 7. und Cap. 3. Num. 1.

12) l. 17. bedarf keiner Erläuterung.

„Omissis quoque pignoribus fidejussorem a creditoribus utiliter conveniri, nisi in id tantum, quod ex his refici non poterit, acceptus sit, explorati juris est.“

Ebenso l. 19.

„Si alienam, reo principaliter constituto, obligationem suscepisti, vel fidejussorio, sive mandatorio, vel quocunque alio nomine pro debitore intercessisti, non posse creditorem urgeri, eum, qui mutuam accepit pecuniam, magis quam te convenire, scire debueras, cum, si hoc in initio contractus specialiter non placuit, habeat liberam electionem.“

Die Stelle besagt weiter nichts, als was bereits wiederholtest gesagt worden ist, dass dem Gläubiger die Wahl frei steht, die Bezahlung von dem Hauptschuldner oder von dem Bürgen zu verlangen, dass der Bürge nicht verlangen kann, der Gläubiger solle zunächst den Hauptschuldner ausklagen, dass der Bürge dies nur verlangen kann, wenn er die Bürgschaft unter der ausdrücklichen Verabredung übernommen, dass er bloss dann zur Zahlung wolle gehalten sein, wenn

vorher der Hauptschuldner ganz oder zum Theil vergeblich ausgeklagt sein würde.

Dasselbe gilt von l. 21.

„Sicut eligendi fidejussores creditor habet potestatem, ita intercessorem, postulantem cedi sibi hypothecae sive pignoris obligata jure, non prius ad solutionem, nisi mandata super hac re fuerit persecutio, convenit urgeri.“

Sie enthält, was schon zum öftersten dagewesen ist, dass dem Gläubiger einerseits die Wahl zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen frei steht, der Bürge aber zu zahlen gehalten ist nur gegen Abtretung der dem Gläubiger zustehenden Klagerechte.

13) „l. 22. Si ultra hoc, quod accepit ea, pro qua te mandatorio nomine intercessisse commemoras, daturum te scripsisti, praeses provinciae ex hoc, quod ultra mandatum tuum numeratum est, a te nihil exigi patietur.“

In Auftrag einer Frau hatte Jemand einem Andern Auftrag gegeben, jener eine Summe zu zahlen. Wenn dieser Beauftragte mehr an sie gezahlt hat, als er zu zahlen beauftragt war, so soll der Auftragsgeber nur für so viel gehalten sein, als der Auftrag besagte, selbst wenn er an den Zahlenden einen Brief des Inhalts geschrieben hätte: ich will noch mehr bezahlen als die Frau erhalten hat. Natürlich könnte diess, auf eine ganz unbestimmte Summe gerichtete, Versprechen, noch über das Gezahlte hinauszahlen zu wollen, nicht verbinden, über Dasjenige hinauszuzahlen, was nach dem Auftrage hätte gezahlt werden sollen.

Sollte nicht statt si ultra zu lesen sein si ultro? Alsdann giebt die Stelle einen viel befriedigenderen Sinn.

Der Gläubiger hatte mehr dargeliehen, als er darzuleihen war beauftragt worden. Unaufgefordert (ultro) und also auch insonderheit nicht durch eine Nachricht von jener Mehrzahlung dazu aufgefordert, schreibt der Auftragsgeber an den Gläubiger: was die Frau erhalten hat, werde ich wiedererstatten. Diess soll ihn nicht verbindlich machen, mehr als die Summe zu zahlen, auf welche der Auftrag lautete. Diess ist ganz richtig, Denn es fehlt an den Prämissen, aus denen man folgern könnte, dass er die Mehrzahlung genehmigt habe.

14) „l. 24. Fidejussoris quidem heres exemplo rei principalis tenetur. Sed si idem utrisque succedat, intercessionis obligatione finita, velut principalis tantum debitoris heres conveniri potest.“

Der Bürge kann so gut belangt werden, als der Hauptschuldner und darum auch des Bürgen Erben eben so gut als der Hauptschuldner. (Man vrgl. Cap. 1. Num. 7.) Wenn aber bürgschaftliche und Hauptschuldsverbindlichkeit in einer Person zusammentreffen, indem dem Bürgen und dem Hauptschuld-

ner ein und derselbe Erbe succedirt, so erlischt die bürgschaftliche Verbindlichkeit. (Man vrgl. Cap. 3. Num. 2. b.)

15) „l. 25. Pignoribus datis a reo principali distractis, nec post longi temporis intervallum residuum a fidejussore creditor petere prohibetur.“

Die Stelle gehört in die Lehre von Verjährung der Klagen; im Uebrigen wiederholt sie nur, dass der Bürge auf das Residuum belangt werden kann, hinsichtlich dessen der Gläubiger durch den Verkauf der Pfänder nicht ist befriediget worden.

§. 2.

Stellen, welche von dem Pandectenrechte entweder abweichende oder neue Rechtsvorschriften enthalten.

1) Der Schuldner, dessen Güter zum Theil confiscirt worden sind, bleibt nur im Verhältniss des ihm verbliebenen Güterbetrags verbunden; allein die Verbindlichkeit Derjenigen, welche für ihn als Bürgen eingetreten sind, erleidet dadurch keine Veränderung.

„l. 1. Si Lysias ademta parte bonorum exulare jussus est, nonnisi pro parte, quam retinuit, creditoribus obligatus est. Verum qui pro eo fidem suam adstrinxerunt, jure pristino conveniri possunt.“

2) Nach Cap. 2. Num. 2. ist der Bürge nicht befugt, den Gläubiger, der zu Sicherstellung seiner Forderung Pfand erhalten hat, zu nöthigen, dass er sich vor allen Dingen und bevor er ihn, den Bürgen, in Anspruch nimmt, die Befriedigung aus dem Pfande suche, wohl aber kann er Abtretung des mit der Hauptschuld gegen den Hauptschuldner begründeten Klagerechts verlangen.

Letzterer Bestimmung conform ist es, dass der von dem Gläubiger belangte Bürge fordern kann, dass ihm die, dem Gläubiger von dem Hauptschuldner bestellten, Pfänder zu Dekkung des Regressanspruches überlassen werden.

Diess leidet jedoch keine Anwendung, wenn dem Gläubiger das Pfand auch noch für andere Schulden des Hauptschuldners verhaftet ist, als wofür der Bürge eingetreten. Solchenfalls ist der Gläubiger die Pfänder dem Bürgen zu überlassen erst dann verbunden, wenn die sämmtlichen Schulden getilgt sind.

„l. 2. Creditori, qui pro eodem debito, et pignora, et fidejussorem accepit, licet, si malit, fidejussorem convenire in eam pecuniam, in qua se obligaverit. Quod cum facit, debet jus pignorum in eum transferre. Sed cum in aliam quoque causam eadem pignora vel hypothecas habet obligatas, non

prius compellendus est transferre pignora, quam omne debitum exsolvatur.“

3) Nach Cap. 2. Num. 4. und 9. war die eingetretene litis contestatio ein Moment, welcher das in Num. 4. bemerkte Wahlrecht des Gläubigers aufhob und demzufolge auch, nach Num. 9., das beneficium divisionis sehr benachtheiligend für den Gläubiger in allen Fällen machte, wo ein Mitbürge zu seinem Antheile belangt worden, die litis contestatio erfolgt und nun des Beklagten Insolvenz eingetreten war. Denn alsdann accrescirte der Antheil des Insolventen nicht den übrigen Zahlungsfähigen.

Hievon enthält noch l. 16. Cod. die Bestätigung.

„Liberum fuit ante, quam lis adversus omnes fidejussores contestaretur, unum eorum eligere creditori, si modo ceteros minus idoneos existimaret. At nunc, post litis contestationem, petitionem divisam redintegrari, juris ratio non patitur.“

Es war, nach dieser Stelle, dem Gläubiger unbenommen, anstatt sämmtliche Mitbürgen zu belangen, nur gegen einen einzigen die Klage zu erheben, vorausgesetzt, dass er nicht selbst die Klage getheilt, und mit den einzelnen Mitbürgen litem contestirt hatte. Umgekehrt, wenn er mit einem einzigen der Mitbürgen hinsichtlich des Ganzen litem contestirt hatte, so konnte er nachher nicht die Einzelnen auf ihre Antheile belangen.

Allein in l. 28. hat Justinian diess aufgehoben. *)

Wenn die Bürgschaft in Gestalt eines Mandates zur Zahlung war eingegangen worden, so stand bereits fest, dass dem Gläubiger bis zu völliger Befriedigung Hauptschuldner, Bürge und Mitbürgen unverändert obligat blieben, es mochte mit einem, mehreren oder allen lis contestirt worden sein. **) Ju-

*) Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta, alter non liberetur, ita et in fidejussoribus observari; invenimus etenim et in fidejussorum cautionibus plerumque ex pacto hujusmodi causae esse prospectum. Et ideo generali lege sancimus, nullo modo electione unius ex fidejussoribus vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum, fidejussoribus, vel uno ex his electo, liberationem mereri, nisi satisfiat creditori, sed manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur, vel alio modo satis ei fiat. Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praejudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur, et in usu quotidiano semper hoc versari aspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacunque causa possit jus creditoris mutilare?“

**) Man vgl. l. 23. C.

„Reos principales, vel mandatores simpliciter acceptos eligere, vel pro parte convenire, vel satis non faciente, contra quem egeras primo, post illum ad alium reverti, cum nullus de his electione liberetur, licet.

stinian schrieb auch in dieser Hinsicht die Gleichstellung zwischen Mandatoren und Fidejussoren vor. Da es ohnehin üblich geworden war, dass die Mitbürgen mittelst ausdrücklicher Erklärung dem Gläubiger die Befugniss vorbehielten, auch nach der Litiscontestation beliebig in der Beklagten Wahl zu wechseln, so fiel es um so weniger bedenklich, einen Unterschied aufzuheben, der nur in den Antiquitäten des Römischen Prozessrechtes seinen Grund haben konnte.

4) Wir haben bereits bemerkt, dass der Gläubiger in Hinsicht auf den Bürgen, insofern die Bürgschaft nicht in der Form eines zum Creditgeben ertheilten Auftrags, sondern als fidejussio erfolgt war, keine Verbindlichkeit hatte, des Bürgen Interesse wahrzunehmen, dass insonderheit es dem Gläubiger freistand, den Bürgen in Anspruch zu nehmen, obschon die von dem Hauptschuldner bestellten Pfänder zur Deckung völlig würden ausgereicht haben.

Diess beschränkt der Codex insofern, als der Gläubiger, der durch sein Verschulden aus dem Verkaufe der Pfänder nicht den vollen Betrag der Schuld gelöst hat, sich diess Minus in Gegenrechnung muss bringen lassen, wenn er den Bürgen auf Bezahlung des residuum in Anspruch nimmt.

Man vergl. l. 18. „Si, ut proponis, fundum ob debitum obligatum non justo pretio vendidisti, residuam quantitatem, quam ex pretio ejusdem servare potuisses, refundi tibi a fidejussore, non jure poscis.“

5) „l. 20. Sententia bonorum omnium ademtionem continente, rei damnati principalis intercessores eligendi creditori potestas non adimitur.“

Wenn eines Hauptschuldners sämmtliche Güter dem Fiscus verfallen sind, soll dem Gläubiger dadurch nicht die Freiheit benommen sein, die Bürgen in Anspruch zu nehmen.

Nach l. 1. (man s. S. 206.) hob die Confiscation der Güter eines Hauptschuldners dessen Verbindlichkeiten gegen die Gläubiger; demohngeachtet sollen die Bürgen, obschon sie nach diesem Grundsatze nicht regrediren konnten, obligat bleiben.

6) l. 27. und 28. sind gänzlich zu übergehen. Sie beziehen sich nur auf die Verbindlichkeit dessen, der Jemanden an Gerichtsstelle zu sistiren versprochen hatte, und könnten nur für das Justinianische Prozessrecht von Interesse sein.

Cap. 5.

Zu Novelle 4. pr. Cap. 1. und 2.

Die Novellen haben (m. vergl. I. Num. 1.) dem Gläubiger die Verpflichtung auferlegt, erst dann den Bürgen in Anspruch zu nehmen, wenn der Hauptschuldner ganz oder zum Theil ist vergeblich ausgeklagt worden. Aus dem pr. der Novelle ersehen wir, dass diess schon vor derselben Rechtens gewesen, aber nicht war beobachtet worden; um deswillen vielleicht, weil nur der Hauptschuldner sich der Klage zu entziehen brauchte, — z. B. durch Reise ausser Landes — um auch den Anspruch gegen den Bürgen zu vereiteln, gegen den nicht anders konnte geklagt werden, als nachdem zuvor die Klage gegen den Hauptschuldner stattgefunden hatte. Auf diese Weise wurde die Bürgschaft in allen Fällen, wo man mit einem flüchtigen Hauptschuldner, und also gerade dann wirkungslos, wo man eine Sicherstellung mittelst Bürgen am allernöthigsten hatte. Dieser, so zu sagen, sich von selbst bietenden Chicane hatte jene lex antiqua nicht vorgebeugt; weshalb Justinian, indem er dieselbe wieder in Gültigkeit setzt, zugleich eine Modification (ein competens et Deo placitum augmentum) beifügt, wodurch jener Mangelhaftigkeit des Gesetzes abgeholfen werden soll. (erat enim quaedam ejus pars omnino non discreta.) Während nämlich der Bürge nur subsidiarisch für den Hauptschuldner haften soll, schreibt der gesetzgebende Kaiser für den Fall, wo der Hauptschuldner dem Gläubiger nicht sollte erreichbar sein, vor: es solle der Richter dem Bürgen eine, von des Ersteren Ermessen abhängende, Frist bestimmen, binnen welcher der Bürge den Hauptschuldner unter dem Präjudice zu gestellen habe, dass nach Ablauf jener Frist der Bürge werde angehalten werden, sich der Klage des Gläubigers, jedoch immer nur gegen Abtretung der demselben wider den Hauptschuldner zustehenden Klagerechte, zu unterwerfen.

In dem Codex und in den Pandecten findet sich von jener l. antiqua keine Spur, und wenn bereits die Glosse sie in l. 4. C. h. tit. nachweisen zu können glaubt, so ist diess ein Irrthum. Ausdrücklich ist dort ausgesprochen, dass der Fiscus, der einem Bürgen succedirt war, die bürgschaftliche

Verbindlichkeit erfüllen müsse, ohne dass sich der Gläubiger (wie die procuratores fisci diess verlangt hatten) zunächst an den Hauptschuldner zu halten brauche. Ob die procuratores fisci sich dabei auf ein Gesetz berufen hatten, sagt die Stelle nicht. Man vergl. *Francisc. Balduin. breves Comment. in praecipuas Justiniani Novellas. Lugd.* 1548. *pag.* 10.

Matthias Stephanus in dem *Commentare zu den Novellen (Wittenberg* 1700*)* sagt *pag.* 99.: „et sane in epistolis Ciceronis ad Atticum juris hujus veteris de reo principali prius conveniendo, aliquoties fit mentio.“ Nähere Nachweisungen giebt er nicht.

Ausserdem aber ist Cap. 1. der Nov. cit. interessant, weil sich hier ganz deutlich zu Tage legt, wie die verschiedenen Formen der Bürgschaft, die bei den Römern bald Fidejussio, bald Sponsio, bald Mandatum sein konnten — der fidepromissio nicht zu gedenken — zu Justinians Zeiten in einander verschwommen, und als etwas Verschiedenes nur dem Namen nach übrig waren, so dass man sie als völlig gleichartige Rechtsgeschäfte behandeln konnte. Cap. 2. derselben Novelle schreibt weiter vor, dass nicht eher, als nachdem gegen den Hauptschuldner die persönlichen und die Realklagen, und dann die persönlichen gegen den Bürgen sind vergebens angestellt worden, der Gläubiger befugt sein soll, die Pfandklage gegen dritte Besitzer anzustellen. Ganz zuletzt, und wenn auch auf diese Weise keine Befriedigung zu erlangen gewesen: „veniat adversus res fidejussorum et mandatorum et sponsorum.“

Cap. 6.

Zu Lb. IV. Tit. 18. des Codex de constituta pecunia.

Der Titel des Codex de pecun. constituta und insonderheit was darin von Justinian selbst herrührt, ändert nichts an demjenigen, was als die für Bürgschaften gültige Rechtstheorie aus Verschmelzung der Lehre von der fidejussio und dem constituto debiti alieni in den vorhergegangenen Capiteln ist abstrahirt worden. Allein ebenderselbe Titel belehrt uns, dass, bevor Justinian sie nicht aufgehoben hatte, zwischen Fidejussio und constituto debiti proprii noch andere Unterscheidungen bestanden, als diejenigen waren, welche in dem Pandectenrechte selbst nachweisbar sind, Unterscheidungen, welche er theils als nicht bestritten, theils als Gegenstände zweifelhafter Rechtsfragen bezeichnet. Manche Stellen der Pandecten, die ausserdem unerklärlich sein würden, werden es erst durch die rechtsgeschichtlichen Notizen, die uns Justinian über die Eigenthümlichkeiten des Constituti überliefert hat.

Zuerst l. 3.

„Divi Hadriani epistolam, quae de dividendo periculo inter mandatores et fidejussores loquitur, locum habere in his etiam, qui pecunias p r o a l i i s s i m u l c o n s t i t u u n t, necessarium est; aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo potest."

Wir ersehen daraus, dass die epistola divi Hadriani und der Mitbürgen Rechtszuständigkeit zu verlangen, dass die Verpflichtung, den Hauptschuldner zu vertreten, sie nur getheilt treffe (das periculum dividendum), bis auf Justinian sich allein auf die in Form einer fidejussio oder eines Mandates eingegangenen Bürgschaften beschränkte, erst Justinian auch in Hinsicht auf das benefic. divisionis das debitum constituti alieni jenen beiden andern Formen der Bürgschaft gleichstellte.

Die Schlussworte: „aequitatis enim ratio etc." drücken den eigentlichen Gedanken sehr undeutlich aus, als welcher

ohnstreitig kein anderer ist, als der: um der bloss formellen Verschiedenheit in Benennung der Klagen, die aus Rechtsgeschäften entstehen, welche, materiell angesehen, ein und dasselbe Recht herstellen, dürfen Rücksichten der Billigkeit, die man bei dem einen vorwalten lässt, nicht bei dem andern ausgeschlossen bleiben. Richtiger hätte Justinian sich so ausgedrückt: „diversitas actionum, rationem aequitatis, cuivis communem, excludere nullo modo debet.“

Interessanter ist l. 2.; ebenfalls von Justinian. Bleiben wir zuerst bei dem pr. stehen, und betrachten wir auch dieses in einzelnen Propositionen. „Receptitia actione cessante, quae solennibus verbis composita, inusitato recessit vestigio, necessarium nobis visum est, magis pecuniae constitutae actionem ampliare.“

Hieraus ersehen wir, es gab ausser der fidejussio noch ein anderes dem Constitutum verwandtes, ebenfalls wie jene auf verbis solennibus beruhendes Rechtsgeschäft, aus welchen mittelst einer von Justinian sogenannten actionis receptitiae geklagt wurde, von welcher Klage eine deutlich erkennbare Spur nicht in den Pandecten zu entdecken sein dürfte. Jenes Rechtsgeschäft war obsolet geworden, und was mittelst desselben, nicht aber durch das Constitut. war erreichbar gewesen, sollte es nun durch dieses werden. Welchen Beschränkungen der Constitut bis auf Justinian in Vergleich mit dem die actionem receptitiam begründenden Geschäfte war unterworfen gewesen, ersehen wir aus dem Nächstfolgenden.

„Quum igitur praefata pecuniae constitutae actio in his tantummodo casibus a veteribus conclusa est, ut exigeret res, quae pondere, numero, mensura consistunt, in aliis autem rebus nullam haberet communionem, et neque in omnibus casibus longaeva esset constituta, sed in speciebus certis annali spatio circumcluderetur et dubitaretur an pro debito sub conditione vel in diem constituto eam possibile esset fieri, et an pura constituta pecunia contracta valeret? hac apertissima lege definimus etc.“

Also: das constitutum konnte nur in Hinsicht auf Schuldobjecte eingegangen werden, die in pondere, numero, mensura beruhen, auch keine sogenannten species darstellen.

Diese Eigenthümlichkeit war aber auch für das Constitut, auch in Vergleich mit der Bürgschaft, unterscheidend, und die nurbemerkte, dasselbe in engere Grenzen als die der Fidejussio, beschränkende Eigenthümlichkeit darf uns nicht Wunder nehmen, da überhaupt der Constitut dem älteren, streng. römischen Nationalrechte derogirte, und dass man diesem anfänglich nur in Betreff solcher Gegenstände derogiren liess, welche nicht, wie Sclaven und Grundstücke, Gegenstände des

Quiritarischen Eigenthums waren, diess erscheint dem Entwickelungsgange des Römischen Rechts völlig angemessen.

Hierzu kommt: die Römer, die alle positive Rechtsnormen mit grösster Genauigkeit behandelten und nur sehr allmälig von dem buchstäblichen Wortverstande abzuweichen sich entschliessen mochten, fanden es ohnstreitig mit diesem unvereinbar, die Worte des Prätor: „qui pecuniam debitam constituit" auf Sachen anzuwenden, die weder Geld, noch, weil sie einen Marktpreis haben, dem Gelde vergleichbar sind. Justinian macht in §. 1. l. c. sich gewaltig breit, dass er diese Schranken zu übersteigen vermocht.

„Et neminem moveat, quod sub nomine pecuniae etiam omnes res exigi definiamus, quum et in antiquis libris prudentium, licet constituta pecunia nominabatur, tamen non pecuniae tantum per eam exigebantur, sed omnes res, quae pondere, numero, mensura constitutae erant. Sed et possibile est omnes res in pecuniam converti. Si enim certa domus, vel certus ager, vel certus homo, vel alia res, quae expressa est, in constituendis rebus ponatur, quid distat a nomine ipsius pecuniae? Sed ut subtilitati eorum satisfiat, qui non sensum, sed vana nominum vocabula amplecti desiderant, ita omnes res venient in constitutam actionem, tanquam si fuisset ipsa pecunia constituta, quum etiam veteres pecuniae appellatione omnes res significari definiant, et hujusmodi vocabulum et in libris juris auctorum, et alia antiqua prudentia manifestissime inventum sit."

Das Raisonnement ist übrigens nicht ausserordentlich scharfsinnig. Das Eigenthümliche des Geldes besteht darinne, dass es der Repräsentant jedes materiellen Werthes ist. Dieser Funktion kann aber, bis zu einem gewissen Grade, auch jedes einem Marktpreis unterliegende Ding entsprechen, und darum ist zwischen Geld und Sachen, die „pondere, numero, mensura constitutae sunt," eine ganz andere Analogie, als zwischen Geld und einem Hause und andern Gegenständen, die immer nur eine entweder willkührliche oder vertragsmässige Werthsbestimmung haben.

Daraus erklärt sich aber auch l. 21. pr. st. de pecunia constituta.

„Promissor Stichi post moram ab eo factam mortuo Sticho, si constituerit, se pretium ejus soluturum, tenetur."

Für Jemanden, der einen Sclaven zu gewähren hatte, konnte man nicht constituiren. Wenn aber die Leistung des Sclaven sich in eine pecuniäre verwandelte, weil der Schuldner sich in moram versetzt, und den Sclaven durch den Tod eingebüsst hatte, dann war ein Constitut möglich. Dass die obige

Stelle den Fall als ein constit. debiti poprii enthält, thut nichts zur Sache.

Ebendahin gehört auch l. 23.

„Promissor hominis homine mortuo, quum per eum staret, quo minus traderetur, et si hominem daturum se constituerit, de pecunia constituta tenetur, ut pretium ejus solvat."

Die Verbindlichkeit war zu einer pecuniär messbaren geworden, und darum fand Julian die Klage de pecunia constituta zulässig.

Ein anderer Unterschied des Constituts von der actione receptitia, und abermals eine Eigenthümlichkeit in Vergleich zu der fidejussio bestand darinne: dass in manchen Fällen, (in speciebus certis — welche dies gewesen, ist nicht zu ersehen —) die actio de pecunia constituta nur annalis war.

Darauf bezieht sich l. 1. desselben Titels, woraus man schliessen möchte, dass das constitutum debiti alieni in allen Fällen nicht auf ein annale pretium beschränkt gewesen, diese Beschränkung nur in gewissen Fällen des debiti proprii vorgekommen sei. Wenigstens spricht Gordianus hier ganz allgemein.

„Si pro alieno debito te soluturum constituisti, pecuniae constitutae actio, non solum adversus te, sed etiam adversus heredes tuos perpetuo competit."

Zweifelhaft ferner war es zu Justinians Zeiten, ob

1) ein constitutum für eine von einer Bedingung oder von einer Zeitbestimmung abhängig gemachte Schuld könne eingegangen werden; was bei der fidejussio nicht zweifelhaft war; ob

2) pure constituta pecunia ein gültiges Geschäft sei.

Der erstere Zweifel rührte unstreitig daher, dass das Edict des Praetor von pecunia debita sprach, und nur uneigentlich eine Schuld vorhanden ist, wenn dazu erst noch die Erfüllung einer Bedingung, der Eintritt eines Zeitabschnittes erforderlich ist.

Anlangend den andern Zweifel, ob Jemand, welcher constituirt, (d. h. die Berichtigung einer vorhandenen Schuld übernimmt,) jedoch ohne die Erfüllung seines Versprechens von einer Bedingung oder dem Eintritte eines Zeitabschnittes abhängig zu machen, eine verbindliche Handlung vollzogen habe, ist zu bemerken: dass, wer ein Zahlungsversprechen ablegt, einerseits doch gewiss erst in einer gewissen Zukunft zur Erfüllung seines Versprechens will gehalten sein, andererseits aber, weil er diese Zukunft nicht näher bestimmt hat, es sich scheint gefallen lassen zu müssen, wenn man ihm die Zahlung in dem nächsten Moment abfordert.

Dass die Römischen Juristen hier eine wirkliche Schwierigkeit empfanden, und wie sie dieselbe — wenigstens Paulus, von dem das gleich zu citirende Fragment ist — lösen zu können glaubten, sehen wir aus l. 21. §. 1. de pecun. constit.

„Si sine die constituas, potest quidem dici, te non teneri, licet verba edicti late pateant (d. h. obschon der Wortverstand des Edictes der entgegengesetzten Annahme nicht widerspricht) — alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim, ut constituisti, non solvas — sed modicum tempus statuendum est, non minus decem dierum, ut exactio celebretur."

Nachdem nun Justinian auseinandergesetzt, welchen Beschränkungen und Zweifeln das constitutum unterliege, hebt er jene und diese mit gewaltigem Wortgepränge.

a) Jedes nur mögliche Schuldobject soll auch Object eines Constituts sein können.

„Definimus ut omnibus liceat constituere, non solum res, quae pondere, numero, mensura consistunt, sed etiam alias omnes, sive mobiles, sive immobiles, sive sese moventes, sive instrumenta, vel alias quascunque res (als wenn es ausser den schon genannten noch andere geben könnte,) quas in stipulationem possunt homines deducere."

b) Die Klage aus dem Constitut soll erst nach dreissig Jahren erlöschen, oder, wie Justinian sagt, das gleiche Lebensmaas mit andern persönlichen Klagen haben.

„Neque sit in quocunque casu annalis, sed sive pro se quis constituat, sive pro alio, sit et ipse in tali vitae mensura, in qua omnes personales actiones positae sunt, id est in annorum metis triginta.

c) Es soll nicht nur in diem oder sub conditione sondern auch pure constituirt werden können. „Et liceat pro debito pure et in diem, vel sub conditione constitui, et non absimilem penitus stipulationi habeat dignitatem, suis tamen naturalibus privilegiis minime defraudata.

d) Es soll die Klage activ und passiv auf die Erben übergehen.

Aus den einschlagenden Worten sehen wir, dass dies bei der receptitia actio der Fall war. Wenn nun diese Eigenschaft der act. de pecun. constit. erst von Justinian beigelegt werden musste, so ergiebt sich daraus eine weitere, zwischen Constitut und Fidejussio früher vorhanden gewesene Verschiedenheit.

„Sed et heredibus et contra heredes competat, ut neque receptitiae actionis, neque alio indigeat respublica adminiculo sed sit pecuniae constitutae, actio per nostram constitutionem sibi in omnia sufficiens, ita tamen etc." Während in den darauf folgenden Worten Justinian einschärft, dass trotz aller von

ihm dem Constitut gegebenen Modificationen, doch darüber steif und unverbrüchlich gehalten werden solle, dass es nur in Hinsicht auf eine bereits vorhandene Schuld Gültigkeit haben könne, lässt er uns zugleich erkennen, dass die actio receptitia auf einem Geschäfte beruhte, welches von Constitut und fidejussio sich dadurch unterschied, dass daraus auch auf eine Nichtschuld geklagt werden konnte, und darum, zu Aufhebung des Geschäftes und Wiedererlangung der in Folge desselben geleisteten Zahlungen, eine solche Menge Rechtsmittel nöthig machte, dass Recht und Gesetze „über den absurden Hader hätten erröthen mögen." Statt des Kaisers Entrüstung vernähme man lieber nähere Andeutungen über das räthselhafte Geschäft, das ihn dergestalt in Harnisch bringet, dass er es noch obenein ausdrücklich abschafft, nachdem es, dem Proömium nach, ohnehin schon aus der Mode gekommen war.

„Ita tamen ut hoc ei inhaereat, ut pro jam debito fiat constitutum (quum secundum antiquam receptitiam actionem res exigebatur, etiam si quid non fuerat debitum.), quum satis absurdum, et tam nostris temporibus, quam justis legibus contrarium sit, permittere per actionem receptitiam res indebitas consequi, et iterum multas proponere condictiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt. Ut non erubescat igitur tale legum jurgium, hoc tantummodo constituatur, quod debitum est, et omnia, quae de receptitia in diversis libris legumlatorum posita sunt, aboleantur, et sit pecuniae constitutae actio omnes casus complectens, qui et per stipulationem possunt explicari."

Nach §. 2. sollte man meinen, dass das dem Constituto verwandte Geschäft, worauf die actio receptitia beruhte, nicht so ganz ausser Uebung, namentlich bei Geldwechslern und Handelsleuten, als ein Analogon des Constituts, im Gange gewesen sei; denn Justinians Gesetz soll keine Anwendung finden auf dasjenige, was der Art Leute bis dahin unverbotenerweise (indefense) constituirt haben. Hierauf soll angewendet werden, was bis dahin Rechtens gewesen.

„His videlicet, quae argenti distractores et alii negotiatores indefense constituerint, in sua firmitate secundum morem usque adhuc obtinentem durantibus."

Cap. 7.

Neuere Gesetzgebungen.

Abschnitt I.

(C. N. Lib. III. tit. XIV. Chap. 1. — 4. *art.* 2011. — 2043.*)*

§. 1.

Zu Cap. 1. Num. 1. Abweichend von dem Rechte der Pandecten, und im Geiste des Justinianeischen Rechtes — m. vergl. S. 195. — ist dem C. N. die Bürgschaft eine blos subsidiarische Verbindlichkeit, welche, als solche, dem Bürgen verstattet, zu verlangen, dass, bevor man ihn in Anspruch nimmt, der Hauptschuldner ausgeklagt und er, der Bürge, nur insofern zur Zahlung angehalten werde, als diese von dem Hauptschuldner nicht beizutreiben gewesen; eine Regel, die jedoch dann Ausnahme erleidet, wenn entweder der Gläubiger sich des sogenannten beneficii excusionis begeben, oder der Bürge sich solidarisch mit dem Hauptschuldner verpflichtet hat. (art. 2011. 2021 und 2022.) Damit aber nicht das benef. excusionis auf eine des Gläubigers Interesse gefährdende Weise gemissbraucht werden könne, ist der Bürge, welcher von dem beneficio excusionis Gebrauch machen will, verbunden:

1) die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners durch die Angabe demselben gehöriger Güter nachzuweisen, und

2) die zu Ausklagung desselben erforderlichen Kosten vorzuschiessen,

wobei

anlangend, die unter 1 bemerkte Verbindlichkeit, nicht in Betracht kommen Güter, die entweder ausser dem Gerichtsbezirke des Appellationsgerichtes desjenigen Ortes liegen, wo die Zahlung erfolgen soll, oder sogenannte res litigiosae sind, oder endlich, dem Gläubiger hypothecarisch für die Hauptschuld verhaftet, nicht mehr in des Hauptschuldners Besitze sich befinden. (art. 2023.)

Wenn aber der von dem beneficio excusionis Gebrauch machende Bürge der obbemerkten zwiefachen Verbindlichkeit nachgekommen ist, so bringt er dadurch anderweit den Gläu-

biger in ein obligatorisches Verhältniss gegen sich. Daferne nämlich der Gläubiger gesäumt haben sollte, den Schuldbetrag von dem Hauptschuldner beizutreiben, und dieser unterdess sollte insolvent geworden sein, alsdann ist der Gläubiger, wenn er den Bürgen in Anspruch nimmt, schuldig, sich soviel auf die Forderung abrechnen zu lassen, als aus des Hauptschuldners Gütern zu erlangen gewesen wäre, daferne eine solche Säumniss nicht stattgefunden hätte. (art. 2024.)

Ebendaselbst Num. 2. a. und b. Auch das franz. Recht erkennt die Gültigkeit der als Nachbürgschaft und Mitbürgschaft bezeichneten Gattungen von Bürgschaften an. (art. 2014. und 2025.)

Ebendaselbst Num. 3. Die Bürgschaft (art. 2012.) kann nur in Ansehung einer gültigen Verbindlichkeit eingegangen werden. Dass in dieser Hinsicht auch eine Schuld aus einem erst noch einzugehenden, obschon im Voraus bestimmten Vertrage, als gültige Verbindlichkeit angesehen werde, besagt der C. N. nicht; allein der nur angezogene Artikel ist auch von einer solchen künftigen Verbindlichkeit zu verstehen. M. vergl. *Zachariae a. angef. O. S.* 441. *n.* 2.

Während nach Röm. Rechte Bürgschaft stattfindet für jede, gegenwärtige oder zukünftige, entweder klagbare oder doch insoweit wirksame Verbindlichkeit, dass das in Gemässheit derselben Gezahlte nicht der Zurückforderung unterliegt, spricht sich das franz. Recht in dieser Hinsicht weniger umfassend aus. Es betrachtet als ungültig Bürgschaften für klagbare, allein durch Ausflüchte zurückweisbare Verbindlichkeiten, ausgenommen es ginge die Exception blos die Person des Verpflichteten an. z. B. der Hauptschuldner wäre ein Minderjähriger, oder eine Ehefrau, die ohne des Ehemannes Zustimmung contrahirt hätte.

M. vgl. art. 2036 „la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette; mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur.“

Ebendaselbst Num. 4. Ohne sich ausdrücklich darüber zu äussern, findet ebenfalls der C. N. — wie sich diess von selbst versteht, weil es in der Natur der Sache liegt — Bürgschaften nur für solche Verbindlichkeiten zulässig, die auch durch einen Andern erfüllt, oder zu Gelde können angeschlagen werden. M. vergl. *Zachariae a. angef. O. S.* 443.

Ebendaselbst Num. 5. Bei der accessorischen Natur der Bürgschaft kann man das franz. Recht nicht tadeln, weil es den Satz für entbehrlich gehalten hat, nach welchem, wer die Forderung der Hauptschuld erwirbt, zugleich mit das Klagerecht gegen den dafür eingetretenen Bürgen erwirbt.

Ebendaselbst Num. 6. art. 2015. Ganz conform dem Satze in Num. 6. ist die in art. cit. enthaltene Vorschrift:

dass eine Bürgschaft nicht über die Grenzen dessen ausgedehnt werden dürfe, was dabei ausgemacht worden. Die vorhergehend in ebendemselben Artikel enthaltene Vorschrift: dass eine Bürgschaft nicht präsumirt werde und ausdrücklich geschehen müsse, fordert zu der Bemerkung auf, dass überhaupt die Uebernahme von Verbindlichkeiten in der Regel nicht präsumirt werden mag, dass nach Röm. Rechte die Bürgschaft, wenigstens die in Form eines Mandates eingegangene, denkbarer Weise auch stillschweigend hätte erfolgen können. (m. vergl. l. 53. mandati S. 11.)

Als ein Beispiel der Anwendung des Satzes, dass man eine Bürgschaft nicht über die Grenzen der deshalb stattgefundenen Verabredung ausdehnen dürfe, giebt *Zachariae a. angef. O. S. 444. Not.* 7. den Fall an, wo der Hauptschuldner, nicht aber der Bürge, für seine Person der persönlichen Haft unterworfen ist, und darum der Bürge, wenn er sich derselben nicht ausdrücklich unterworfen hat, nicht um deswillen derselben unterliegt, weil gegen den Hauptschuldner damit kann verfahren werden.

Dabei schreibt aber art. 2016 vor: dass eine, ohne besondere ausdrückliche Beschränkung für die Hauptschuld eingegangene Verbürgung sich auf alle Nebenverpflichtungen erstrecke, selbst auf die Kosten der ersten, gegen den Hauptschuldner selbst angestellten Klage, so wie auf alle, welche erwachsen sind, nachdem die Forderung dem Bürgen aufgekündigt worden.

Ebendaselbst Num. 7. art. 2017. nennt statt Universalsuccessoren nur Erben, und auf diese sollen zwar die Verbindlichkeiten des Bürgschaft geleistet habenden Erblassers übergehen, ohne jedoch, dass sie dem Personalarreste als Executionsmittel unterworfen werden, wenn schon die Verbindlichkeit von der Art war, dass die Verbürgung dazu verpflichtete.

§. 2.

Ueber das Verhältniss, in welchem die von dem Bürgen übernommene Verbindlichkeit zu der Hauptschuld stehen müsse, fasst sich der C. N. art. 2013. sehr kurz.

Die Bürgschaft soll

a. weder auf mehr, noch auch unter lästigeren Bedingungen können bestellt werden, als die Hauptschuld, wohl aber

b. auf einen Theil der Schuld und unter minder lästigen Bedingungen, und

c. auf dasjenige, was die Hauptverbindlichkeit enthält,

herabgesetzt werden, insoferne die Vorschrift unter a. überschritten worden. *)

Man muss bekennen, dass mit Ausnahme des Satzes unter Num. 3. jene Vorschrift des C. N. alles umfasst, was Cap. 1. b. enthält. Andererseits möchte man aber wohl bezweifeln, ob ohne eine Entwickelung des Grundsatzes, dass die Bürgschaft keine andere, als eine der Hauptverbindlichkeit höchstens aequale Verpflichtung begründen könne und dürfe, jeder Richter scharfsinnig genug sein werde, um in concreten Fällen diejenigen Folgerungen daraus zu ziehen, welche Cap. 1. b. aufstellt.

Hiermit ist Cap. 1. des C. N. („de la nature et de l'étendue du cautionnement") mit Ausnahme art. 2014. und art. 2018. — 2020. erschöpft. Jener enthält den Satz, dass man nicht bloss als Mandatar eines Hauptschuldners, sondern auch als dessen Negot. gestor Bürgschaft leisten kann, diese enthalten zum Theil rein positive, dem Röm. Rechte fremde Vorschriften, in Betreff desjenigen, der einen Bürgen zu stellen verbunden ist. **)

„Art. 2014. On peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu."

„On peut aussi se rendre caution, non seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné."

„Art. 2018. Le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et dont le domicile soit dans le ressort de la cour royale où elle doit être donnée."

„Art. 2019. La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'en égard à ses propriétés foncieres, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique."

„On n'a point égard aux immeubles litigieux, ou dont la discussión deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation."

2020. „Lorsque la caution reçue par le créancier volontairement ou en justice, est en suite devenue insolvable, il doit en être donné une autre."

*) Art. 2013. Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le debiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.

Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.

Le cautionnement qui excéde la dette ou qui est contracté sous des conditions moins onéreuses, n'est point nul: il est seulement réductible a la mesure de l'obligation principale.

**) Ebendahin gehört auch Cap. 4. art. 2040. — 2043.

„Cette régle reçoit exception dans le cas seulement ou la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution."

Man vergl. damit die schon citirte l. 3. ff. h. tit, um sich zu überzeugen, dass in dieser Beziehung das Römische Recht so weit gegangen ist, als es ohne positive Normen, und überlassen der selbstständigen Entwickelung durch die Jurisprudenz, gehen konnte.

§. 3.

Cap. 2. Abschn. I. des C. N. über die Wirkungen der Bürgschaft zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen, entsprechend II. Cap. 2 ist von art. 2021 — 2025. bereits in Verbindung mit den Bemerkungen zu Cap. 1. a. durchgegangen worden. Der übrige Inhalt des C. N. am angeführten Orte beschäftiget sich nur mit dem beneficio divisionis und läuft parallel mit Cap. 2. Num. 6 — 14., wobei nur zu art. 2025. zu bemerken ist, dass der C. N. nicht unterscheidet zwischen mehreren, für einen und ebendenselben Schuldner und eine und ebendieselbe Verbindlichkeit desselben, eingetretenen Bürgen und eigentlich so zu nennenden Mitbürgen.

„Art. 2025. Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette."

Ausserdem ist das Römische Recht auch hier mit ungleich mehr Scharfsinn und Umsicht zu Werke gegangen, als der C. N., der sich auf die Vorschriften beschränkt: dass der Mitbürge, der dieser Einrede nicht entsagt hat, verlangen kann, dass die Schuld zwischen ihm und dem zahlungsfähigen andern Bürgen getheilt werde, (conform mit Num. 6. bis zu den Worten: getheilt werde), dass (im Gegensatze zu dem neuesten Justinianeischen Rechte — man vergl. l. 28. C. h. tit. —), wenn einmal die Theilung stattgefunden, d. h. nach franz. Rechte entweder einer der Bürgen das Erkenntniss auf Theilung ausgewirkt, oder der Gläubiger von freien Stücken seine Klage getheilt hat (conform mit Num. 9., wo jedoch die Litiscontestation den Moment der stattgefundenen Theilung bezeichnet) der Antheil des insolvent Gewordenen, gegen welchen die Theilung eingetreten, den zahlungsfähig verbliebenen Mitbürgen nicht wieder zur Last fällt.

Man vergl. art. 2026. und 2027.

„Néanmoins chacune d'elles peut, á moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution."

„Lorsque, dans le tems où une des cautions a fait pro-

noncer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division.“

2027. „Si le créancier a divisé lui même et volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolvables.“

Ein, (man kann es nicht anders nennen) seltsames Versehen hat der C. N. Ch. II. Sect. III. begangen. Er giebt dem Mitbürgen, welcher gezahlt hat, ohne vorher von dem Gläubiger erlangte Klagabtretung, den Regress gegen die übrigen Mitbürgen, und zwar gegen einen jeden derselben zu seinem Antheile; dann schliesst er den Art. 2033, den einzigen, welchen der Absch. enthält, mit den Worten: „mais ce recours n'a lieu, que lorsque la caution a payè dans l'un des cas énoncés en l'article précedent.“ Das passt aber schlechterdings nicht, wie die Einsicht des art. 2032. beweist. So ist die definitive Redaction gefasst, ohne dass man aus den Protocollen des Staatsrathes den Grund ersieht; während statt dessen in dem Entwurfe ganz passend die Worte stehen: „mais ce recours n'a lieu, que lorsque la Caution a payè au consèquence de poursuites dirigées contre elle.“ *(Zachariä am angef. O. S. 450. N. 1.)*

§. 4.

Ch. II. Sect. II. art. 2028 — 2032. des C. N. liefert einen interessanten Beleg dafür, dass der Verfasser ganz Recht gehabt hat, alles, was in Bezug auf des Bürgen Verhältniss zu dem Hauptschuldner gilt, als vollständig abgeschlossen in der bereits erörterten Lehre von dem Mandate, und daferne die Bürgschaft ohne des Hauptschuldners Vorwissen sollte eingegangen worden sein, in der noch zu erörternden Lehre von der negotior. gestio zu finden, indem der Bürge, wenigstens nach Röm. Rechte, die Bürgschaft allemal entweder als Mandatar oder als negotiorum gestor übernimmt.

Alle in der angezogenen Stelle des C. N. enthaltene Sätze, sind entweder nur die Anwendung von Sätzen, welche der Verfasser als Normen für Beurtheilung des Mandates aufgestellt hat, oder, insoferne sie davon abweichen, erscheinen die Abweichungen als der Ausfluss eines positiven Willens, der in dieser oder jener Beziehung sich von dem Röm. Rechte entfernen wollte.

Wir wollen die hierher gehörigen Sätze zur leichteren Vergleichung einander entgegenstellen, und was der C. N. Abweichendes enthält, durch unterscheidende Lettern bezeichnen.

„2028. La caution qui a payé, a son recours contre le

débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur."

„Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais; néanmoins la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle." *)

Lezteres ist rein positiv. Man setzt voraus, der Hauptschuldner würde den Bürgen nicht haben in Kosten bringen lassen, wenn er gewusst hätte, dass der Bürge von dem Gläubiger in Anspruch genommen werde. Man will den Bürgen nöthigen, den Hauptschuldner in den Stand zu setzen, den Kostenaufwand zu vermeiden. Nach Röm. Rechte würde man hier allemal auf Erwägung des concreten Falles eingegangen sein.

„Elle a aussi recours pour les dommages et intérêts, s'il y a lieu."

Hier dürfte zwischen zufälligen und nicht zufälligen, dem Bürgen vermeidbar und nicht vermeidbar gewesenen, mit oder ohne Schuld des Hauptschuldners demselben erwachsenen Schäden zu unterscheiden gewesen sein.

Dass der C. N. in dieser Beziehung Mandanten und Mandatar nicht durchaus so behandelt, wie das Röm. Recht, ist bereits (M. vergl. hinsichtlich des letzteren I. Cp. 4 num. 4.) bemerkt worden.

Der nur angezogene Satz würde nach Röm. Recht in Gemässheit des Satzes I. Cp. 4. num. 4. zu modificiren sein: den Mandatar für Verlust zu entschädigen, wozu die Ausführung des Mandates die zufällige Veranlassung gegeben, ist der Mandant nur insoweit gehalten, als diesem hierbei ein Verschulden zur Last fällt.

„art. 2029. La caution qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur."

Nach Röm. Rechte hat der Bürge nur die in seiner Person selbstständig begründete actio mandati oder negot. gest. Klagen hingegen, die dem Gläubiger zustanden, nur in Gemässheit von demselben verlangter und erfolgter Klagabtretung. (II. Cp. 2. num. 2.)

„Art. 2030. Lorsqu'il y avait plusieurs débiteurs princi-

*) I. Cp. IV. num. 2.
Den Aufwand, welchen der Mandatar als solcher bestritten, hat ihm der Mandant zu erstatten, insoweit nicht ersterem hierbei ein Verschulden zur Last fällt.

paux solidaires d'une même dette, la caution qui les a tous cautionnés, a, contre chacun d'eux, le recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé." *)

„Art. 2031. La caution qui a payé une première fois, n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du paiement par elle fait; sauf son action en répétition contre le créanciér."

Wörtlich was l. 29. §. 3. mandati von dem Bürgen sagt, mit dem einzigen Unterschiede, dass das Röm. Recht, welches ein Verschulden auch des Mandatars nicht nach feststehenden Normen sondern allemal nach den Umständen beurtheilt,

1) sich die Möglichkeit denkt, dass ein Bürge den Hauptschuldner davon nicht benachrichtigen, und selbigen auf diese Weise in Nachtheil bringen kann, ohne dass den Bürgen der Vorwurf eines Verschuldens trifft, dass

2) dasselbe Recht dem Bürgen nicht unmittelbar, sondern nur in Folge von dem Hauptschuldner bewirkter Klagabtretung condictionem indebiti giebt.

„Lorsque la caution aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, elle n'aura point de recours contre lui dans le cas où, au moment du paiement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte; sauf son action en répétition contre le créancier."

Analog der l. 29. §. 4. mandati; nur wieder mit dem Unterschiede, dass es dem Bürgen nicht so schlechterdings, sondern nur nach Massgabe der Umstände zur Last gelegt wird, eine in der Person des Hauptschuldners begründete Exception nicht geltend gemacht zu haben, und dass nach Röm. Rechte nicht so schlechterdings als indebitum gefordert werden kann, was zu zahlen man in Gemässheit einer Ausflucht hätte verweigern können.

Das franz. Recht bestimmt art. 2032., unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise (die entgegenstehende Regel s. in art. 2028) der Bürge, selbst ehe er bezahlt hat, gegen den Hauptschuldner klagen kann.

Des Verfassers Sätze über die Bürgschaft, enthalten nichts dem Analoges, und demnach kann die Frage aufgeworfen werden,

1) ob denn die Casuistik des Röm. Rechtes nicht auf die Erörterung gekommen sei, inwieferne ein Bürge die Klage auf Entschädigung in der gedachten Weise anticipiren dürfe,

*) I. Cp. IV. Num. 5.
Wenn zwei oder mehrere Personen Jemandem ein und dasselbe Geschäft aufgetragen haben, so sind sie solidarisch verbunden.

welche Frage sich um so mehr aufdringt, als nach Röm. Rechte*) — dasselbe ist auch nach franz. Rechte der Fall, *Zachariä am angef. Orte S. 449. No. 4.* — der Gläubiger, der den Bürgen noch nicht in Anspruch genommen hat, in keinem Falle von diesem genöthigt werden kann, gegen den Hauptschuldner zu klagen, und also der Bürge durch eine solche Säumniss des Gläubigers in vielen Fällen, besonders dann, wenn der Hauptschuldner in Abfall der Nahrung geräth, gefährdet wird;

2) ob und inwieferne die Sätze über das Mandat jene Lücke ausfüllen.

Beide Fragen lassen sich am besten in Verbindung mit den Fällen beantworten, wo der C. N. jene Ausnahme macht.

Erster Fall: wenn der Bürge bereits auf Zahlung ist in Anspruch genommen worden.

Dieser Ausnahme ist bereits vorgesehen, durch den Satz I. Cap. 4. Num. 1. b., wonach der Mandatar Sicherstellung gegen diejenigen Gläubiger verlangen hann, mit denen er in Gemässheit des Mandates contrahirt hat.

Zweiter Fall: wenn der Hauptschuldner Fallit geworden, oder in Vermögensverfall gerathen ist.

Dass das Römische Recht diese Ausnahme anerkennt, ist bereits S. 61. gesagt worden.

Dritter Fall: wenn der Schuldner sich verbindlich gemacht hat, dem Bürgen binnen einer gewissen Zeit Befreiung von der Bürgschaft zu verschaffen.

Dieser Fall brauchte nicht erwähnt zu werden, weil schon an sich jede nicht verbotene Uebereinkunft die Contrahenten verpflichtet, derselben nachzukommen.

Vierter Fall: wenn die Hauptschuld durch Ablauf der gesetzten Zahlungsfrist ist gefällig worden.

Nach Römischem Rechte könnte man in gedachter Hinsicht keine bestimmte Norm aussprechen. Denn erstlich lässt dasselbe diese Ausnahme bald zu, bald nicht zu, je nachdem der Hauptschuldner nach Ablauf der Zahlungsfrist auf eine bedenkliche oder nicht bedenkliche Weise mit der Zahlung säumt (si diu cessabit — man vergl. S. 61. —) und sodann,

*) Man vergl. S. 61. Es gilt als Regel, dass der Mandatar von dem Mandanten (I. Cap. 4. Num. 1. a. und b.) verlangen kann, mit den zu Ausführung des Mandates erforderlichen Mitteln versehen zu werden, Sicherstellung gegen diejenigen Gläubiger zu verlangen, mit welchen er, der Mandatar, in Folge des Mandates contrahirt hat, ausgenommen die Fälle, wo ein anderes ist verabredet worden; und S. 61. ist nachgewiesen, wie die Bürgschaft als ein Fall gilt, der eine jener Regel entgegenstehende Verabredung ausspricht.

möchte es sich von selbst verstehen, dass zwar Schuldner und Bürge, obbemerktermaassen, allemal, insoferne nicht ein Anderes ausdrücklich verabredet worden, darüber stillschweigend einverstanden sind, dass der Bürge nicht eher als nach erfolgter Zahlung gegen den Hauptschuldner regrediren könne, jedoch auch nicht erwähnt zu werden braucht, dass der Bürge diese stillschweigende Verabredung nicht auch für solche Fälle eingegangen haben wollte, wo er dadurch gefährdet werden könnte.

Fünfter Fall: wenn wegen der Hauptschuld keine bestimmte Verfallzeit stattfindet; dann soll der Bürge gegen den Hauptschuldner nach zehn Jahren klagen können.

Ausgenommen, wenn die Hauptschuld, z. B. bei der Vormundschaft, ihrer Natur nach, binnen einer bestimmten Zeit getilgt werden kann.

Diese Vorschrift ist ein dem C. N. eigenthümlich positives Recht.

Dasselbe gilt von der Vorschrift in Cap. 3. art. 2039. „la simple prorogation du terme, accordée par le créancier ou debiteur principal, ne decharge point la caution, qui peut en ce cas poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement.“

§. 5.

Was über das Erlöschen der Bürgschaft nach dem C. N. Cap. 3. art. 2034. — 2039. zu bemerken ist, beschränkt sich auf Folgendes:

Da von der species dasselbe gilt, was von dem genus, so hätte es der Bemerkung (art. 2034.) nicht bedurft, dass die aus der Bürgschaft entspringende Verbindlichkeit, aus eben den Ursachen erlischt, aus welchen andere Verbindlichkeiten erlöschen.

Wenn (art. 2035.) des Bürgen und des Hauptschuldners Verbindlichkeit in einer und derselben Person zusammenfallen, weil einer des andern Erbe wird, dann soll des Gläubigers Klage gegen den Nachbürgen nicht erlöschen.

Gegen diese, dem Römischen Rechte fremde Disposition lässt sich nichts einwenden. Fremd ist sie aber dem Römischen Rechte, musste ihm fremd bleiben, weil es mit Consequenz auf den Grundsatz hält, dass das accessorium erlischt, wenn das Principale untergeht, und des Nachbürgen und des Bürgen Verbindlichkeit stehen zu einander in dem nur angegebenen Verhältnisse.

Man vergl. erstlich l. 5. ff. und l. 24. C. de fidejuss. et mandat., welche bereits in dem Vorhergegangenen erörtert sind. Dann l. 38. §. ult. de solut. et liberationibus. (4. 46.)

Wenn (m. vgl. ult. cit.) Q für t bei T Bürgschaft geleistet und

zugleich Pfand bestellt, dann der Q den t zum Erben eingesetzt und t die Erbschaft angetreten hat, so ist t nicht als Bürge gehalten. Der Pfandvertrag aber bleibt in voller Wirksamkeit. Wenn aber Q, des t Erblasser, einen Nachbürgen gestellt („at si alium fidejussorem dederit") und den Hauptschuldner zum Erben eingesetzt hat, dann wird der Nachbürge liberirt, weil die Verbindlichkeit dessen (des Bürgen nämlich) untergegangen, für den der Nachbürge fidejubirt hat.

Art. 2036. hat bereits Erwähnung gefunden.

Art. 2037. „La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypotheques et priviléges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution,"
ist dem C. N. eigenthümlich und weicht von dem Römischen Rechte ab. Die einzige Beziehung, in welcher der Gläubiger des Bürgen Interesse nach Römischem Rechte wahrzunehmen hat, enthält l. 18. C. (s. S. 208.)

„2038. L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé."

Es versteht sich, dass nach Römischem Rechte dasselbe gilt. Die alte Verbindlichkeit, zu welcher die des Bürgen sich als accessorium verhielt, ist getilgt, und für die neuentstandene Verbindlichkeit des Hauptschuldners, hinsichtlich der Eviction zu haften, hat sich der Bürge nicht verbindlich gemacht.

Abschnitt II.

(Th. III. des Oestreich. bürgerl. Gesetzbuches 1. Hauptstück. §. 1346. — 1367.)

(§. 1346.) Die Bürgschaft ist bloss subsidiarisch und macht zahlungspflichtig in der Regel nur dann, wenn der Hauptschuldner auf gerichtliche oder aussergerichtliche Einmahnung (§. 1355.) nicht zahlt.

Mitschuldner wird der Bürge und ist als solcher zu beurtheilen (§. 1347.), wenn er ohne diese ihm zu statten kommende Bedingung sich verbindlich gemacht hat.

Die Form ist so frei, als sie es im Römischen Rechte ist, nachdem fidejussio, Mandat und const. debiti alieni gleichmässig zu Uebernahme einer Bürgschaft waren dienlich geworden. So ist daher Bürge, wer einen Creditbrief ausstellt, oder wissentlich Rath und Empfehlung giebt, einem Zahlungsunfähigen zu borgen (*v. Zeiller am angef. Orte Bd.* 3. *S.* 7. *not.* 3.). Wogegen, wenn Jemand ein Schulddocument bloss mit unter-

zeichnet hat, daraus weder Bürgschaft noch Mitschuld folgt, sondern der Mitunterschriebene nur als Zeuge angesehen wird. (*v. Zeiller am angef. Orte S.* 9. *not.* 2. man vergl. l. 6. C. hoc tit.)

Selbst aber in dem Falle, wo der Bürge sich ausdrücklich nur subsidiarisch und für den Fall verbürgt hat, dass der Hauptschuldner unvermögend zu zahlen sei, kann (§. 1356.) er ausnahmsweise zuerst belangt werden, wenn

a. der Hauptschuldner in Concurs verfallen, oder

b. zur Zeit, wo die Zahlung gefällig wird, unbekannten Aufenthaltsortes (d. h. vom Zahlungsorte und der Provinz abwesend) und der Hauptschuldner ausser Stand ist (*v. Zeiller S.* 23. *Not.* 4.) dessen Aufenthaltsort nachzuweisen,

c) der Gläubiger keiner Nachlässigkeit zu beschuldigen ist; z. B. die Zahlungsfrist nicht ohne des Bürgen Einwilligung ausdrücklich oder stillschweigend verlängert hat.

Wenn in dem Falle unter a. der Bürge sofort belangt werden kann, so reicht doch (man vergl. *v. Zeiller S.* 22. *Not.* 2.) andererseits dafür, den Bürgen in Anspruch nehmen zu dürfen, nicht bloss der Umstand aus, dass der Hauptschuldner ausgeklagt worden, sondern auch schon der, dass derselbe auf gerichtliche oder aussergerichtliche Einmahnung, gleichviel, ob diese mündlich oder schriftlich erfolgt, die Zahlung verweigert, oder wenigstens in einem angemessenen Zeitraume keine Antwort ertheilet.

Die dem Gläubiger nach dem Pandectenrechte freistehende Wahl, den Bürgen oder den Hauptschuldner gerichtlich in Anspruch zu nehmen, findet (§. 1357.) nur in dem Falle statt, wo sich der Bürge als Bürge und Zahler verpflichtet hat; so wie auch (§. 1352.) wer für eine Person, die sich vermöge ihrer persönlichen Eigenschaften nicht verbinden kann, Bürge wird, gleich einem ungetheilten Mitschuldner verhaftet ist, wenn ihm auch jene Eigenschaften des Hauptschuldners unbekannt gewesen.

§. 1348. hebt als eine besondere Gattung von Bürgen den sogenannten Entschädigungsbürgen, d. h. denjenigen hervor, welcher dem Bürgen für den Fall haftet, wo dieser durch die übernommene Bürgschaft in Schaden kommen sollte. Der Entschädigungsbürge haftet aber nur insoweit (§. 1362.), als dem Bürgen kein von diesem selbst verschuldeter Schaden erwachsen ist, indem letzterer z. B. keinen Gebrauch von statthaften Einwendungen und Rechtsbehelfen gemacht hat.

(§. 1349.) hebt das SClt. Vellej. auf, indem es Jedermann, dem die freie Vermögensverwaltung zusteht, und zwar ausdrücklich ohne Unterschied des Geschlechtes, die Fähigkeit zuspricht, Bürge zu werden.

Auch für erlaubte Handlungen und für Unterlassungen

(§. 1350.) kann ein Bürge eintreten (man vergl. Cap. 1. No. 4.), und zwar (*v. Zeiller S.* 15. *Not.* 1.) erblickt man in einer solchen Bürgschaft die stillschweigend übernommene Verbindlichkeit des Bürgen, für den bereits im Voraus festgestellten oder erst künftighin festzustellenden Schätzungswerth einzustehen.

§. 1351. bestätigt, was Cap. 1. Num. 3. enthält, in negativer Form.

„Verbindlichkeiten, welche nie zu Recht bestanden haben, oder schon aufgehoben sind, können weder übernommen, noch bekräftiget werden."

Diese Vorschrift ist jedoch weniger umfassend, als die in der citirten Num. 3.

Bürgschaften sind (man vergl. Cap. 1. Num. 6.) nur in der Ausdehnung wirksam, in welcher sich der Bürge ausdrücklich erklärt hat, wobei besonders vorgeschrieben ist, (§. 1353.) dass, wer Bürge für ein zinsbares Capital wird, nur für diejenigen Zinsen haftet, die der Gläubiger noch nicht berechtiget war, einzutreiben. Die Frage über das Verhältniss der Hauptschuld zu der Bürgschaftsverbindlichkeit, und inwieferne der Bürge zu mehr oder weniger, oder auch nur stärker verbunden werden könne, als der Hauptschuldner, spricht sich das bürgerl. Gesetzbuch nicht besonders aus. Man sehe, was darüber bei §. 1353. *v. Zeiller S.* 18. — 20. *Not.* 1. 2. 4. *und* 5. sagt.

(§. 1354.) Der Bürge kann das dem Hauptschuldner zustehende benefic. competentiae dem Gläubiger nicht entgegenstellen.

Dasselbe würde auch nach Römischem Rechte zu behaupten sein. Denn da das benefic. competentiae nicht sowohl eine Exception, ein den Rechtsgrund zerstörendes Moment, sondern vielmehr ein, die Execution zum Theil abwendendes Privilegium, und als solches rein persönlich ist, so bleibt in einem solchen Falle die Schuld vorhanden, und für die vorhandene Schuld muss der Bürge einstehen.

Wenn diese Bevorrechtung dem Bürgen für seine eigne Person zusteht, alsdann wird er sie auch seinerseits geltend machen können, völlig abgesehen davon, ob dieselbe auch für des Hauptschuldners Person möchte stattfinden können oder nicht.

Nicht minder muss er (*v. Zeiller S.* 27. *Not.* 5.), wenn er gegen den Hauptschuldner regredirt, dessen benefic. competentiae gegen sich gelten lassen.

(§. 1358.) Durch die Zahlung tritt der Bürge sofort in des Gläubigers Rechte gegen den Hauptschuldner, und alle Documente, auf welchen die Schuld beruht, alle Mittel, wodurch derselben Sicherheit gegeben worden, z. B. Pfänder und Hy-

pothekenscheine, hat der Gläubiger dem Bürgen auszuantworten, und er darf (§. 1360.) bestellter Pfandrechte sich nicht zu des Bürgen Nachtheil begeben, wie denn auch (§. 1364.) der Gläubiger dem Bürgen für den Fall verantwortlich wird, wo er sich in Verfolgung seiner Rechte gegen den Hauptschuldner saumselig erwiesen und dadurch Verlust herbeigeführt hat. Nicht minder (§. 1364.) ist der Bürge befugt, nach Verlauf der Zeit, binnen welcher der Hauptschuldner hätte zahlen sollen, Sicherstellung von demselben zu verlangen, indem der Bürge bloss dadurch, dass der Gläubiger mit der Klage gegen den Hauptschuldner Anstand nimmt, der übernommenen Verbindlichkeit nicht enthoben wird.

Ebenfalls ist der Bürge von dem Hauptschuldner Bestellung von Sicherheit zu verlangen berechtigt (§. 1365.), wenn gegründete Besorgniss eintritt, letzterer dürfte zahlungsunfähig werden, oder sich aus den Erbländern hinwegbegeben, für welche das bürgerliche Gesetzbuch gilt.

§. 1366. *v. Zeiller* S. 39.

Ein fortdauerndes, mit Rechnungen verbundenes Geschäft, als da ist eine Lieferung, Kassenführung, Güterverwaltung u. dgl. wird entweder an und für sich, oder es wird in Rücksicht der Person, für welche Bürgschaft geleistet worden ist, durch ihren Tod oder Austritt beendigt. Dann ist der Bürge sogleich, obschon er von dem Gläubiger nicht angegangen wird, berechtigt, auf die Abrechnung, welche bei frischem Andenken richtiger und leichter abgelegt werden kann, allenfalls mittelst gerichtlicher Aufforderung des Gläubigers, und, wenn die Rechnung berichtigt ist, oder beharrlich verweigert wird, auf die Aufhebung der Bürgschaft zu dringen.

(§. 1359.) Wenn Mitbürgen eingetreten sind, so haftet jeder derselben für den ganzen Betrag, und derjenige, der gezahlt hat, regredirt gegen die übrigen Bürgen als gegen Mitschuldner, und (§. 1363.) es wird ein Mitbürge, den der Gläubiger der Verbindlichkeit entlässt, zwar gegen diesen, nicht aber gegen die Mitbürgen befreit.

Wenn der Bürge, ohne dazu von dem Hauptschuldner besonders ertheilte Genehmigung, Zahlung geleistet hat, so muss der Bürge, wenn er gegen den Hauptschuldner regredirt (§. 1361.), alle die Einwendungen gegen sich gelten lassen, die der Hauptschuldner dem Gläubiger hätte entgegenstellen können.

Die Bürgschaft erlischt (§. 1363.) in demselben Verhältniss mit der Hauptschuld, und, wenn sie nur auf eine gewisse Zeit übernommen worden, mit Ablauf derselben.

Nach allgemeiner Regel geht das Rechtsverhältniss aus einem Bürgschaftsvertrage auf die Erben des Gläubigers und

des Bürgen über, und es soll nach einer andern allgemeinen Vorschrift erst binnen dreissig Jahren verjährt werden. Bei dieser langen Verjährungszeit hat es auch, so lange der Bürge lebt, sein Bewenden. Allein in Rücksicht der Erben des Bürgen erwog man, dass sie oft ohne ihr Verschulden von der Verbürgung ihres Vorfahrens und von der ursprünglichen Beschaffenheit des daraus entspringenden Rechtsverhältnisses gar keine Wissenschaft haben; dass sie eben daher von den einem Bürgen zustehenden Schutzmitteln, so wie auch nach einem langen Zeitraume von den Einwendungen, die im Namen des Schuldners stattgefunden hätten, keinen Gebrauch machen können, und dass andererseits dem Gläubiger, welcher lange Zeit hindurch von den Erben des Bürgen die verfallene Schuld nicht eingemahnet hat, wenn nicht Arglist, doch ein grosser Saumsal zu Schulden komme.

Darauf gründet sich die hier festgesetzte kürzere Verjährungsfrist, doch mit der Ausnahme, wenn der Bürgschaftsvertrag, nicht aber, wenn nur die Hauptschuld, durch eine Hypothek oder durch ein Hauptpfand befestiget ist.

(§. 1366. m. vrgl. *v. Zeiller* S. 40. u. 41.)

Abschnitt III.

(*Allg. Landr. für die preuss. Staaten. Th. I. Tit.* 14. *Abschn.* 3. §. 200—398.)

Uebernahme einer Bürgschaft oder Rückbürgschaft, wozu fähig sind Personen, die gültige Darlehensverträge schliessen können (§. 219.), in der Regel nur subsidiarisch und für den Fall wirksam, dass der Verpflichtete den übernommenen Obliegenheiten nicht nachleben, seiner Verbindlichkeit gegen den Berechtigten keine Genüge leisten (§. 297.) würde, (§. 200 u. 201.), kann in der Regel nur ausdrücklich, und ohne Unterschied des Gegenstandes nur schriftlich oder mittelst gerichtl. Protocolls bewirkt werden (§. 202. u. 203.), jedoch, insofern sie nicht bedingt oder mit Vorbehalt geleistet worden, auch ohne Acceptation des Gläubigers (§. 204. u. 205.). Indess nicht nur die schriftliche, sondern, wenn die Summe des zu gebenden Credites sich nicht über 50 Thlr. beläuft, auch die mündliche Erklärung, es könne Jemandem auf Gefahr dessen, der die Erklärung abgiebt, Credit gegeben werden, verbindet als Bürgschaft. (§. 213. u. 214.)

Mitunterschrift eines Schuldscheins, der kein Wechsel, gilt im Zweifelsfalle nur als Zeugniss der Unterschrift (§. 206.); verbindlich aber gleich einer Bürgschaft ist die schriftliche,

wider besseres Wissen oder aus grobem Versehen wahrheitswidrig bewirkte Fmpfehlung eines Creditsuchenden, als eines ehrlichen und vermögenden Mannes. (§. 207.—209.)

Ueber Empfehlungen unter Kaufleuten Th. 2. Tit. 8. Abschn. 7.

Wer auf diese Weise oder durch simulirte Geschäfte einem Creditsuchenden diesen verschafft, wird dem Gläubiger, insofern sich dieser nicht unüberlegter Weise hat täuschen lassen, für den daraus erwachsenden Schaden verhaftet. (§. 210. bis 212.)

Conform dem Pandectenrechte unterscheidet das Landr. zwischen Bürgen und dem im römischen Rechte sogenannten Mandator, d. h. demjenigen der Auftrag ertheilt, Jemandem Geld oder Waaren zu creditiren, und unterwirft die hieraus entspringenden Verhältnisse den Grundsätzen von dem Mandat (§. 215.—217.); wonach denn §. 218. *) ganz consequent ist.

§. 220.—244., 256. und 308. in Verbindung mit Th. 2. Tit. 1. Abschn. 5. über Bürgschaften der Frauenspersonen, und insonderheit verehelichter. Darüber bei dem SCto. Vellejano.

§. 245.—248. über die Verbindlichkeiten dessen, der einen Bürgen zu stellen sich verpflichtet hat.

§. 249.—252. **)

Diese mit Num. 3. u. 4. Cp. 1. zu vergleichenden §§. fordern zu einigen Bemerkungen auf. Die Vorschrift in §. 250. ist offenbar schon in §. 149. enthalten; denn in allen Fällen, wo Jemand durch recht- und pflichtwidrige Handlungen geschadet, muss es unbestreitbar eine erlaubte Verbindlichkeit sein, den dadurch gestifteten Schaden zu ersetzen.

Zu den Worten in §. 251.: „So weit die Forderung ganz

*) „Ist in der Erklärung oder dem Auftrage die Summe des zu gebenden Credits nicht bestimmt, so haftet der Erklärende oder Auftragende für Alles, was auf Credit gegeben worden, insofern nicht dsr Creditgebende sich mit dem Schuldner eines Verständnisses zum offenbaren Missbrauche des von Ersterem in Letzteren gesetzten Vertrauens, schuldig gemacht hat."

**) §. 249. Die Bürgschaft findet in Ansehung aller erlaubten Verbindlichkeiten Statt, welche durch andere Personen geleistet, oder auf eine gewisse Summe in Anschlag gebracht werden können.

§. 250. Auch für den Nachtheil, welcher aus den unerlaubten Handlungen eines Andern, oder aus der Vernachlässigung seiner Pflichten entstehen könnte, kann Bürgschaft geleistet und gefordert werden.

§. 251. So weit aber die Forderung des Gläubigers an den Hauptschuldner ganz ungültig ist, so weit ist auch die dafür geleistete Bürgschaft unverbindlich.

§. 252. Besonders findet für einen in den Gesetzen ausdrücklich gemissbilligten Vertrag keine Bürgschaft Statt.

ungültig ist", giebt §. 254. und 255. *) einen erläuternden Gegensatz.

§. 253. **) ist nur die Anwendung eines allgemein gültigen Rechtssatzes in Hinsicht auf die Bürgschaft.

§. 257.—270. geben Vorschriften über den Sinn, in welchem ein Bürgschaftsvertrag zu verstehen, und über die Ausdehnung, in welcher er gegen den Bürgen in Anwendung zu bringen sei.

Insoweit damit nur im Detail anbefohlen wird, was Cap. 1. Num. 6. als allgemeine Regel ausspricht, übergeht man jene §§., sich nur auf das beschränkend, was darin als rein positive Vorschrift ***) oder als die Normirung von Fällen enthalten ist, wo die Eigenthümlichkeiten des Bürgschaftsvertrages das Resultat, welches die Anwendung allgemeiner Grundsätze giebt, zu einer Streitfrage machen.

Wer Bürge nur für die Zinsen eines Capitals und nur bis zu einem gewiss eintretenden Zeitpunkte geworden, hat dafür bis zu dem bestimmten Zeitpunkte einzustehen, wenn auch das Capital früher verloren ginge; ausserdem aber wird er in so weit befreit, als das Capital bei dem Hauptschuldner ganz oder zum Theil verloren geht; auch erneuert sich seine Verbindlichkeit nicht, wenn der Hauptschuldner wieder zahlungsfähig wird; doch haftet er für die Zinsen, welche bis zu Eröffnung des Concurses zu des Hauptschuldners Vermögen in Rückstand geblieben sind. §. 262. bis 264. †)

*) §. 254. Entsteht die Ungültigkeit des Hauptvertrages blos aus der persönlichen Eigenschaft des Verpflichteten, so haftet der Bürge dem Gläubiger ebenfalls als Hauptschuldner.

§. 255. Der Einwand der Unwissenheit von dieser Qualität des Verpflichteten kann einem solchen Bürgen nicht zu statten kommen.

**) §. 253. Hat der Bürge den Gläubiger durch unwahre Versicherungen verleitet, sich auf einen solchen Vertrag einzulassen, so haftet er demselben für allen daraus entstandenen Schaden als Hauptschuldner.

***) Wenn die Verbindlichkeit des Bürgen (§. 258. u. 259.) über den Gegenstand, auf welchen die Bürgschaft ausdrücklich gerichtet worden, nicht ausgedehnt werden darf, so scheint es sich von selbst zu verstehen, dass nicht zu vermuthen steht, der Bürge habe sich über die Capitalssumme auch für Zinsen, Früchte, Schäden und Conventionalstrafen verpflichtet. Die nämliche Bemerkung gilt von den Vorschriften, dass, wer sich verbürgt (§. 266.) für das, was ein Anderer schuldig geworden, nicht auch für das haftet, was der Andere schuldig wird; dass (§. 268.), wer sich nur für Schäden verbürgt, nicht auch für entgangenen Gewinn haftet; dass (§. 269.), wer für Jemanden in Hinsicht eines Geschäftes sich zum Selbstschuldner macht, für Alles haften muss, was an Zinsen, Kosten, Schäden und entgangenem Gewinne auf des andern Rechnung kommen kann.

†) §. 270. und 271. Eine dergleichen uneingeschränkte Vertretung findet auch alsdann Statt, wenn sich der Bürge ausdrücklich als Selbstschuldner verpflichtet hat.

Wer (§. 273.—276.) für Jemanden Amtscaution leistet, und also für die durch den Beamten entstandenen Defecte haftet, ist für Zinsen davon, Untersuchungskosten und Geldstrafen verbindlich nur insofern, als dies ausdrücklich festgesetzt worden, was offenbar der Fall ist, wenn der Bürge übernommen hat, für jede aus der Amtsführung gegen den Beamten entstehende Forderung zu haften.

§. 277.—281. Der Bürge kann dem Gläubiger nie zu mehr, wohl aber unter sicherndderen Bedingungen als der Hauptschuldner gehalten werden.

Selbst wenn Bürge und Gläubiger den nicht im Voraus liquiden Betrag der Hauptschuld durch Uebereinkunft festgestellt hätten, wird der Bürge die festgestellte Summe zu zahlen nur insofern gehalten, als ein minderer Betrag der Hauptforderung sich nicht ausmitteln lässt.

Des Hauptschuldners benefic. competentiae kommt dem Bürgen insoweit zu statten, als es auf des ersteren persönlichen Verhältnissen zu dem Gläubiger beruht.

Die in der Regel blos subsidiarische Verbindlichkeit des Bürgen äussert als solche sich verschieden, je nachdem der Bürge für eine persönliche oder für eine Realforderung haftet.

1) Anlangend persönliche Forderungen *), so tritt das Klagerecht gegen den Bürgen ein, wenn von dem Gläubiger, dem der Bürge haftet, oder auch von andern Gläubigern Execution verhangen, allein kein Gegenstand der Execution bei dem Hauptschuldner vorgefunden, oder auch derselbe bereits auf Ansuchen anderer Gläubiger ist zu Arrest gebracht worden, oder der öffentliche Verkauf dem Hauptschuldner abgepfändeter Gegenstände keine Befriedigung gewährt hat. §. 284. bis 287.

Wenn der Hauptschuldner liquide, gute und binnen drei Monaten gefällig werdende Activa, wenn derselbe Grundstücke besitzt, (als in Betreff welcher der Gläubiger, insoferne nicht der Werth dieser Grundstücke erweislich schon durch andere darauf haftende Schulden absorbirt ist, (§. 291.), vor allen

„Wer dafür, dass ein Dritter ein für ihn ohne seinen Auftrag vorgenommenes Geschäft genehmigen werde, sich verbürgt, und diese Genehmigung nicht herbeischaffen kann, haftet dem, welchem er die Bürgschaft geleistet hat, für allen aus dem Rückgange des Geschäfts entstehenden Schaden.“ (§.271.)

Nur in dem uneigentlichsten, einem Gesetzbuche wohl nicht ganz angemessenen Sprachgebrauche kann man Bürgen denjenigen nennen, der sich zum Garant dafür macht, dass ein Dritter ein für denselben unbeauftragter Weise unternommenes Geschäft genehmigen werde.

*) Der Bürge für eine Wechselschuld ist gehalten nach fruchtlos vollstreckter Wechselexecution. (§. 296.)

Dingen Sequestration oder Immission zu suchen hat), so kann der Bürge erst dann belangt werden, wenn drei Monate verstrichen, ohne dass der Gläubiger befriedigt worden.

2) Anlangend Realforderungen, so kommt noch hinzu, dass auch alle gesetzmässige Grade der Realexecution durchgegangen sein müssen, und die Vertheilung des Erlöses aus den verpfändeten Grundstücken keine Befriedigung gewährt haben, oder der Erlös im Voraus liquider Weise unausreichend zu des Gläubigers Befriedigung sein muss. (§. 292. bis 295.)

Sofort den Bürgen in Anspruch zu nehmen ist der Gläubiger berechtiget:

a. wenn der Bürge sich als Hauptschuldner oder unter Begebung des beneficii excuss. verpflichtet, *)

b. der Hauptschuldner die königl. Länder verlassen,

c. durch richterlichen Ausspruch einen längeren als einjährigen Indult erhalten hat,

d. Concurs zu dem Vermögen desselben ausgebrochen ist. (§. 297.—300. u. 307.)

Wenn der Gläubiger nicht schon vor Eröffnung des Concurses ein rechtskräftiges Urthel gegen den Bürgen erhalten hat, so muss er bis zu Verurtheilung des Bürgen seine Forderung, gleich anderen Gläubigern, bei dem Concurse verfolgen; denn ausserdem verliert er den Anspruch gegen den Bürgen, daferne er nicht nachweisen kann, dass, auch angemeldet bei dem Creditwesen, seine Forderung leer würde ausgegangen sein.

Der Bürge kann sich gegen den Gläubiger der nämlichen Einwendungen bedienen, deren sich der Hauptschuldner hätte bedienen können. §. 310.

Des Hauptschuldners rechtskräftig erfolgte Verurtheilung **) macht auch den Bürgen sachfällig, insoferne er nicht die Gültigkeit der Bürgschaft selbst bestreiten, oder Einwendungen gebrauchen kann, die auch der Hauptschuldner noch bis zur Execution gebrauchen könnte, vorausgesetzt dass der Gläubiger bei Belangung des Hauptschuldners den Bürgen hat mit vorladen lassen, oder dieser sich verbürgt hat, zu bezahlen, was der Hauptschuldner zu bezahlen werde verurtheilt werden. (§. 311. — 314.)

*) Diese Entsagung ist jedoch (§. 309.) wirkungslos, wenn die Bürgschaft nicht für die Forderung selbst, sondern nur für den aus dem Hauptgeschäfte dem Gläubiger entstehenden Schaden ist geleistet worden.

**) Das Prozessrecht (§. 315.) bestimmt, inwieferne dem Bürgen gesetzmässige, von dem Hauptschuldner aber nicht gebrauchte Rechtsmittel gegen ein solches Erkenntniss offen stehen.

Der Bürge kann den Gläubiger nicht nöthigen, die auf Aufkündigung gestellte Schuld zu kündigen, wohl aber, wenn dieselbe zu einem im Voraus bestimmten Termine gefällig ist, dass er sie einklage, oder ihn der Bürgschaft entlasse; denn bloss dadurch, dass der Gläubiger Nachsicht gegeben, wird der Bürge nicht liberirt. (§. 316. — 318.)

Wer (§. 320. und 321.) eine Bürgschaft nur bis zu Eintritt einer bestimmten Zeit für ein Darlehn übernommen hat, ist davon befreit, wenn der Gläubiger länger als drei Tage — die bei entfernt von ihm lebenden Schuldnern nach Maassgabe der Entfernung verlängert werden — den Hauptschuldner zu verklagen, Anstand nimmt.

§. 322. — 327. Vorschriften über die Verbindlichkeit dessen, welcher für Jemandes Amtsführung auf eine bestimmte Zeit als Bürge eingetreten ist, womit zu verbinden §. 334. — 337. über die besonderen Modificationen, welche des Bürgen auf seine Erben transmissible Verpflichtung erleidet, wenn für Jemandes Amtsführung Bürgschaft ist geleistet worden. Diese §§. dürfen wir übergehen, da sie in keiner Hinsicht mit dem Röm. Rechte zusammenstellbare Vorschriften enthalten. Dasselbe gilt von §. 365. — 372., welche sich mit dem Falle beschäftigen, wo Bürgschaft ist gegen eine Prämie geleistet worden.

Da die Verpflichtung des Bürgen nur subsidiarischer Art ist, so scheint eine Begünstigung des Gläubigers darinne zu liegen, dass ihm das grobe Versehen, (nicht jedes vermeidbar gewesene) zur Last fällt, das er bei Execution gegen den Hauptschuldner begangen. (§. 328.) Und (§. 329.) wenn Gläubiger und Hauptschuldner — (was auf keinen der Bürgschaft eigenthümlichen Rechtsvorschriften beruhet) zum Nachtheile des Bürgen in geheimen Verständnisse gehandelt haben, so werden sie demselben dafür solidarisch verpflichtet.

Kaum dürfte es (§. 330) der Vorschrift bedurft haben, dass der Bürgen Verbindlichkeiten nicht erschwert werden dürfen, durch Verträge, die Gläubiger und Hauptschuldner ohne seine Zustimmung eingegangen sind.

Consequent ist es bei der Bürgen blos subsidiarischen Verbindlichkeit, dass (§. 331) der Gläubiger nicht willkührlich von dem Hauptschuldner ihm bestellte Sicherheiten aufgeben darf, dass aber (§. 332. und 333.) der Bürge dadurch ohne Weiteres liberirt wird, dafern der Gläubiger nicht nachweisen kann, dass die Forderung dadurch nicht schlechter geworden, dies ist eine Begünstigung der Bürgen.

Der Bürge tritt (§. 338 — 341), insoweit er den Gläubiger befriediget, auch ohne Cession, die dieser jedoch auf Ver-

langen nicht verweigern darf, in alle Rechte des Gläubigers *), kann aber, wenn der Gläubiger in Folge Vergleichs oder Erlasses sich mit einer geringern Summe hat befriedigen lassen, als die Forderung beträgt, des Mehreren wegen nicht ohne ausdrückliche freiwillige Cession an den Hauptschuldner regrediren.

(Ueber besondere Vorschriften, die in der angegebenen Beziehung das Landr. hinsichtlich dessen eintreten lässt, der gegen eines Schuldners Willen sich für diesen verbürgt hat, an einem andern Orte.)

Um nicht (§. 344—350) bei dem Regresse gegen den Hauptschuldner Erörterungen darüber ausgesetzt zu sein, in wiefern der Bürge diejenigen Einreden geltend gemacht habe, deren jener sich hätte bedienen können, ist der Bürge gehalten: wenn ihn der Gläubiger in Anspruch nimmt, des Hauptschuldners schriftliche Einwilligung zu Bezahlung der Schuld zu erfordern, wenn selbige nicht erfolgt, es auf den Prozess ankommen und zu diesem den Hauptschuldner adcitiren zu lassen. Dessen Ausbleiben macht ihn verbindlich, das gegen den Bürgen gesprochene Urthel gegen sich gelten zu lassen, auch wenn der Bürge den Prozess nicht durch die Instanzen fortgesetzt hat. Meldet aber der Hauptschuldner sich bei dem Prozesse, so muss er auf des Bürgen Verlangen allein den Prozess übernehmen, und der Bürge ist zur Theilnahme daran gehalten, nur insofern er eigene Einwendungen gegen die Verbindlichkeiten aus der Bürgschaft auszuführen beabsichtiget. Das alsdann ergangene Urthel ist die Norm, nach welcher sich bestimmt, was der Gläubiger von dem Bürgen und dieser, mittelst der Regressnahme, von dem Schuldner zu fordern berechtigt ist.

Dass (§. 351. — 355. — hinsichtlich des letzteren s. S. 233. Not. —) der Hauptschuldner dem Bürgen für alle aus der Bürgschaft demselben unverschuldet erwachsenen Schäden und Kosten einstehen muss, dass der Bürge selbst Zinsen, die er dem Gläubiger bezahlt, nach gesetzmässigem Fusse von dem Hauptschuldner kann verzinst fordern, diess ist im Geiste des Römischen Rechtes, wobei jedoch es eine Eigenthümlichkeit des Landrechtes ist, dass der Hauptschuldner auch Verzugszinsen erstatten muss, die der Bürge dem Gläubiger hat berichtigen müssen.

Der Bürge (§. 356. — 361.) kann von dem Hauptschuldner verlangen, dass er ihm Liberation von der übernommenen Verbindlichkeit verschaffe: wenn die Zahlungsfrist abgelaufen, der Hauptschuldner anfängt, zu verschwenden, oder in Abfall der Nahrung zu gerathen, — doch hat in diesen Fällen der

*) Wenn er ein zinsbares Capital bezahlt hat (§. 355.), tritt er in des Gläubigers Rechte auch wegen der fortlaufenden Zinsen.

Bürge sich auch bloss mit Sicherstellung befriedigen zu lassen, — wenn der Hauptschuldner Anstalt macht, die Königlichen Lande so zu verlassen, dass er darinne ferner nicht werde belangt werden können, wenn der Ablauf zweier Jahre bevorsteht, nachdem Jemand ohne Zeitbestimmung und ohne Vergeltung Bürgschaft für eine fortwährende Verbindlichkeit geleistet, vorausgesetzt in diesem Falle, dass nicht entgegenstehende besondere Verabredungen sind getroffen worden.

Das Landrecht unterscheidet (§. 373. — 379.) zwischen eigentlich so zu nennenden Mitbürgen und mehreren Bürgen, die für eine und dieselbe Schuld eines und desselben Schuldners eingetreten sind. Gegen Letztere steht der Gläubiger in dem Verhältnisse, dass er mit einem jeden derselben verfahren kann, als wäre er der alleinige Bürge.

Eigentlich sogenannte Mitbürgen aber werden, insoweit nicht entgegenstehende Verabredungen sind getroffen worden,*) nach den Vorschriften über die Correalverbindlichkeit beurtheilt. (tit. 5. §. 424. ff.)

Die §§. 380 — 384 enthalten, nur in detaillirter Ausführung, weiter nichts als den Grundsatz, dass, wenn ein Rückbürge eingetreten, der Rückbürge sich zu dem Bürgen wie ein Bürge zu dem Gläubiger verhält, indessen jeder Bürge eventueller und nach Maasgabe der Umstände, wirklicher Gläubiger des Schuldners ist.

Die Bürgschaft erlischt (§. 385 — 398) auf dieselbe Weise wie andere Verbindlichkeiten, insonderheit aber mit der Verbindlichkeit, wofür sie bestellt worden,**) und auch in Folge der hinsichtlich der letztern eingetretenen Verjährung, ausgenommen der Fall, wo sich der Bürge als Hauptschuldner oder unter Begebung des beneficii excussionis verpflichtet hat. Verjährung aber der Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen oder der Mitbürgen unter einander findet nicht statt, so lange die Hauptschuld unerloschen ist.

Insoweit die Hauptverbindlichkeit durch Vergleich erlo-

*) Letzteres dürfte eben so wenig gesetzlichen Ausspruches bedurft haben, als der Satz in §. 375., dass, wer nur für einen Theil der Schuld oder überhaupt nur für seinen Antheil sich als Bürge verpflichtet hat, in keinem Falle die Mitbürgen zu vertreten hat.

Dasselbe scheint von den §§. 376. u. 377. zu gelten, nach welchen dem Gläubiger als Hauptbürge haftet, wer jenem sich für einen unfähigen Bürgen verpflichtet hat, und in Ansehung der Mitbürgen als Mitbürge angesehen wird, wer für einen unfähigen Bürgen die Vertretung gegen dessen Mitbürgen übernommen hat.

**) Wornach es dann der Vorschrift in §. 389. nicht bedurft hätte, dass, wenn der Gläubiger den Bürgen der Verbindlichkeit entlässt, diess auch dem Nachbürgen zu Statten kommt.

schen oder in Folge cassatorischer Clausel sich erneut, erlischt auch und erneut sich des Bürgen Verbindlichkeit.

Wenn zu des Bürgen Vermögen Concurs entsteht, so muss der Gläubiger (indem er widrigenfalls von der Masse präcludirt wird, und dann den Bürgen nur in Anspruch nehmen kann, daferne dieser zu bessern Vermögensumständen gelangt) *), bei dem Creditwesen seine Forderung liquidiren, auch wenn sie zur Zeit nur eine eventuelle wäre.

*) Die besonderen Umstände, unter denen alsdann der Bürge das Beneficium competentiae kann geltend machen, interessiren hier nicht.

III.

Das Vellejanische Senatusconsult.

(Lib. XVI. Tit. 1.)

1) Geschäfte, wodurch man entweder

a. Schuldner anstatt eines andern Schuldners wird, oder

b. der Verbindlichkeit eines Schuldners beitritt,

solche Geschäfte sind, wenn sie eine Frauensperson mit dem Gläubiger in der Absicht geschlossen hat, entweder

a. Schuldnerin eines andern Schuldners zu werden, oder

b. der Verbindlichkeit eines Schuldners beizutreten,

unverbindlich für dieselben.

1) b. Diese Vorschrift und die bei den nachstehenden Nummern folgenden begreift man unter dem Namen des Vellejanischen Senatusconsults.

2) Frauenspersonen, welche ein solches Geschäft eingegangen (intercedirt haben), und deren Erben sind berechtigt:

a. dem aus einem solchen Geschäfte gegen sie klagenden Gläubiger, die unter Num. 1. gegebene Vorschrift als eine, die Forderung

vernichtende Einrede (exceptio Senatusconsulti Vellejani) entgegenzustellen.

b. was sie in Gemässheit eines solchen Geschäftes geleistet, zurückzufordern, nicht nur

α. von dem Gläubiger, sondern auch rücksichtlich

β. von dem dritten Besitzer, und zwar

c. rücksichtlich nebst Zinsen, gewonnenen Früchten und in dem Zustande, wie es der Gläubiger erhalten.

3) In allen Fällen, wo, der Form des Geschäftes nach, Frauenspersonen eine fremde Verbindlichkeit übernehmen, wird im Zweifelsfalle und bis zum Beweise des Gegentheils angenommen, dass damit eine Intercession bezweckt sei.

4) Insoweit das Senatusconsultum Vellejanum den intercedirenden Frauen zu statten kommt, kommt es anderweit denen zu statten, welche für dieselben intercedirt haben. (Man vergl. Anhang II. §. 2.)

4) b. Wenn ein Mann für Rechnung einer Frauensperson intercedirt, so kommt Ersterem gegen den Gläubiger die exceptio SCt. Vellejani zu, wenn der Gläubiger gewusst hat, dass die Mannsperson für Rechnung einer Frauensperson intercedire. Unbedingt steht der Frauensperson diese Ausflucht zu, gegen die Mannsperson, welche, was sie in Folge eines solchen Geschäfts gezahlt hat, von der Frauensperson erstattet verlangt.

5) Wenn eine Frauensperson sich an Statt eines andern Schuldners verbindlich gemacht, und der Gläubiger dagegen diesen für seine Person der Verbindlichkeit entlassen hat, so ist der Gläubiger — wenn diess unter Umständen geschehen, unter wel-

chen das Senatusconsultum Vellejanum anwendbar ist — gegen den entlassenen Schuldner und rücksichtlich dessen Bürgen ebensowohl zu klagen befugt, als wenn der Schuldner der Verbindlichkeit nicht wäre entlassen worden.

5) b. Wenn eine Frauensperson sich verbindlich gemacht hat, nicht damit ein Anderer als Schuldner entlassen, sondern damit ein Anderer nicht Schuldner, und sie es an seiner Stelle werde, so wird des Gläubigers Rechtsverhältniss so beurtheilt, als wenn jener Nichtschuldner mit ihm und nicht mit der Frau contrahirt hätte.

6) Das Senatusconsultum Vellejanum kommt nicht in Anwendung, daferne der Gläubiger irgend einen der nachstehend unter lit. a. — f. bemerkten Umstände darzuthun vermag:

a. dass er nicht gewusst, dass das Geschäft in der Intercession einer Frauensperson bestehe;

b. dass die intercedirende Frau für die Intercession gedeckt sei. (Man vergl. Anhang II. §. 2.);

c. dass die Verbindlichkeit, für welche sie intercedirt, in ihren eigenen Angelegenheiten sei contrahirt worden;

d. dass in Folge der Intercession ein Verlust abgewendet worden, der ausserdem ihr Vermögen würde getroffen haben;

e. dass sie mit der Intercession eine Schenkung beabsichtigt habe;

f. dass die intercedirende Frauensperson ihn in die irrige Meinung versetzt habe, es finde irgend eine der vorstehend unter a. — e. bemerkten Ausnahmen von der Anwendbarkeit des SCt. Vellejani statt;

solchenfalls bleibt ihr jedoch der Regress unbenommen gegen den Schuldner, für den sie intercedirt.

Es fällt jedoch von den Voraussetzungen, unter welchen das Senatusconsultum Vellejanum keine Anwendung erleidet, die mit a. bezeichnete hinweg, wenn nicht nur der Gläubiger, sondern auch die intercedirende Frauensperson nicht gewusst hat, dass sie eine fremde Verbindlichkeit übernehme.

7) Wenn eine Frauensperson verabsäumt hat, dem klagenden Gläubiger die exceptio Senatusconsulti Vellejani innerhalb der prozessrechtlichen Frist entgegenzustellen, so ist sie der Rechtszuständigkeiten aus dem Senatusconsulto Vellejano verlustig.

8) Eine intercedirende Frauensperson entsagt dem Senatusconsulto Vellejano auf rechtsbeständige Weise, wenn sie nach erfolgter Intercession dem Gläubiger Gewähr leistet, dass sie dasselbe nicht geltend machen werde. (Man vergl. Anhang II. §. 2.)

Erläuterungen.

§. 1.

Vorbemerkung zu Num. 1. b.

Die Vorschrift unter Num. 1. und die in den folgenden Sätzen damit verbundenen, werden in den Justinianeischen Rechtsbüchern unter der Rubrik „Senatusconsultum Vellejanum" begriffen, weil ein Senatusconsultum dieses Namens den Grundstoff abgegeben hat, an welchem durch Jurisprudenz und Gerichtsbrauch jene Sätze sind herausgebildet worden.

Weiter unten (Anh. I.) findet sich dessen, in den Pandecten uns aufbewahrter Inhalt.

Aus dem Satze unter Num. 1. und aus der Definition der Bürgschaft ergiebt sich, dass eine Frau, welche Bürgschaft leistet, intercedirt. Dadurch rechtfertigt sich die Stellung, welche dem Senatusconsulto Vellejano unmittelbar nach der Lehre von der Bürgschaft ist gegeben worden. Dass der Begriff der

Intercession ungleich mehr Geschäfte umfasst, als blosse Verbürgungen, erhellt aus Num. 1. lit. a. und wird sich in Folgendem an zahlreichen Beispielen kund geben.

§. 2.

Zu Num. 1.

Beantwortung der Frage: welche Geschäfte als Intercessionen von Frauenspersonen angesehen werden?

Dieser Satz ist unter allen vorstehend aufgestellten derjenige, unter welchen sich die meisten Stellen des Titels reihen. Rechtfertigen wir die in ihm enthaltenen einzelnen Bestimmungen.

1.

Indem man als Geschäfte, welche dem SCto. Vellej. unterliegen, diejenigen bezeichnet hat, wodurch eine Frau entweder Schuldnerin anstatt eines andern Schuldners wird, oder der Verbindlichkeit eines solchen beitritt, ist ausgesprochen: dass Frauenspersonen, wenn sie sich nicht zu Schuldnerinnen für einen Andern machen, sondern unmittelbar und ohne vorhergegangene, dazu verbindende Handlung eine fremde Verbindlichkeit tilgen, nicht durch das Senatusconsultum berechtiget werden, das Gezahlte zurückzufordern.

„l. 2. §. 4. Omnis omnino obligatio Senatusconsulto Vellejano comprehenditur: sive verbis, sive re, sive quocunque alio contractu intercesserint."

„l. 4. §. 1. Proinde si, dum vult Titio donatum, accepit a me mutuam pecuniam, et eam Titio donavit, cessat Senatusconsultum. Sed et si tibi donatura, creditori tuo nummos numeraverit, non intercedit; senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti; hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat."

Es interessiren in der citirten Stelle für den gegenwärtigen Zusammenhang nur die Worte von „sed et si tibi donatura" an.

Es ist gleichgültig, auf welche Weise die Frau die fremde Verbindlichkeit tilgt, ob mit baarem Gelde, oder mittelst Angabe eines ihr gehörigen Gegenstandes an Zahlungsstatt, oder auch, indem die Frauensperson etwas verkauft, und den Käufer mit der Zahlung an den Gläubiger eines Andern überweist.

Man vergl. l. 5. „Nec interest, pecuniam solvendi causa numeret, an quamlibet suam rem in solutum det. Nam etsi vendiderit rem suam, sive pretium acceptum pro alio solvit, sive emptorem delegavit creditori alieno, non puto, Senatusconsulto locum esse."

Das Alles erscheint als eine blosse Folgerung, wenn man

die Anwendbarkeit des Senatusconsulti so beschränkt, dass die Tilgung fremder Verbindlichkeiten gänzlich ausfällt.

Hierher gehört auch l. 8. §. 5.

„Plane si mulier intercessura debitorem suum delegaverit, Senatusconsultum cessat, quia, etsi pecuniam numerasset, cessaret Senatusconsultum; mulier enim per Senatusconsultum relevatur, non in his, quae deminuit, restituitur."

Mit grösster Bestimmtheit drückt eben diesen Grundsatz l. 1. Cod. eod. tit. aus.

„Mulieribus quidem, quae alienam obligationem suscipiunt, vel in se transferunt, si id contrahentes non ignorent, Senatusconsulto subvenitur. Sed si pro aliis, cum obligatae non essent, pecuniam exsolverint, intercessione cessante, repetitio nulla est."

Ebenso l. 9. Cod.

„Quamvis mulier pro alio solvere possit, tamen si praecedente obligatione, quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, ejus Senatusconsulti beneficio munitam se ignorans, locum habet repetitio." Auf beide Stellen wird man weiter unten zurückkommen.

Wichtig ist in diesem Zusammenhange l. 32. §. 2.

„Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione, ut emptor acceptam pecuniam viro referret, et hunc fundum vindicat, exceptio quidem opponitur ei de re empta et tradita, sed replicabitur a muliere: aut si ea venditio contra Senatusconsultum facta sit. Et hoc procedit, sive ipse creditor emerit, sive interposuerit alium, quo mulier ex ratione careat re sua. Idem est, et si non pro viro, sed pro alio debitore rem suam tradidit."

Die hier gegebene Entscheidung eines concreten Falles scheint der aufgestellten Ansicht, dass die unmittelbare Tilgung fremder Verbindlichkeiten dem SCto. Vellej. nicht unterliege, zu widersprechen, nicht sie aufzuheben; denn in den vorher citirten Stellen ist sie ganz generell ausgesprochen.

Eine Frau verkauft und übergiebt ein Grundstück an des Mannes, oder an eines andern Schuldners Gläubiger, mit der Verabredung, dass der Gläubiger die Kaufsumme dem Schuldner zu Berichtigung der Schuld gut schreiben solle.

Das Geschäft soll ungültig sein. Wenn die Frau das Grundstück vindicirt, gestützt auf ihr bisheriges Eigenthumsrecht, so wird der Käufer ihr die Einrede entgegenstellen, dass er dasselbe von ihr verkauft, und übergeben erhalten habe; allein diese Einrede soll der Replik weichen; („aut)*) si ea venditio contra Senatusconsultum facta sit."

*) Die Lesart aut scheint richtiger zu sein, als ac. Der Beweis dafür könnte nur in Folge einer umständlicheren Erörterung der Formeln gegeben werden, in welche Klagegrund, Exception und Replik gekleidet wurden.

Diese Entscheidung scheint insonderheit den Worten in l. 5. zu widersprechen: „nam etsi vendiderit rem suam, sive pretium acceptum pro alio solvit sive emptorem delegavit creditori alieno, non puto Senatusconsulto locum esse.“

Der scheinbare Widerspruch dürfte sich lösen lassen. Wenn ich (man vergl. l. 5. cit.) eine Sache verkaufe, und den Käufer an den Gläubiger einer dritten Person mit dem Kaufgelde delegire, d. h. ihn seiner Verbindlichkeit entlasse, und nun, mit meiner, des Käufers und des Gläubigers jener dritten Person gemeinschaftlichen Zustimmung, der Käufer dieselbe Summe an den gedachten Gläubiger zu zahlen sich verbindlich macht, so tilge ich sofort eine fremde Verbindlichkeit, ohne in dieser Beziehung vorher eine fortwirkende Verbindlichkeit zu übernehmen. Wenn ich dagegen (man vrgl. l. 32. §. 2.) etwas verkaufe und dabei ausmache, dass der Käufer die Kaufsumme einem Dritten gut schreiben solle, und dann übergebe, so bleibt der Käufer mir immer noch das Kaufgeld schuldig, ich aber fort und fort verbunden, das Gutschreiben auf des Dritten Rechnung gegen mich gelten zu lassen.

2.

Damit das SCt. Vellej. Anwendung leide, ist es nicht ausreichend, dass eine Frauensperson ein Geschäft eingeht, in Folge dessen sie eine fremde Verbindlichkeit treffen kann. Z. B. wenn sie einem fremden Schuldner verspricht, ihn gegen den Gläubiger zu vertreten, ist es keine Intercession. Die Intercession lässt sich nur in Gemässheit eines mit dem Gläubiger getroffenen Uebereinkommens denken . . . vix est ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit.“

Man vrgl. l. 19. pr.

„Tutor pupilli decesserat, herede instituto Titio. Cum de adeunda hereditate dubitaret, quoniam male gesta tutela existimaretur, persuadente matre pupilli, ut suo periculo adiret, adiit, stipulatusque de ea causa est, indemnem se eo nomine praestari. Si ex ea causa Titius pupillo aliquid praestitisset, isque matrem conveniret, negavit, exceptioni Senatusconsulti locum esse, quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit.“

Eines Vormunds eingesetzter Erbe zögerte die Erbschaft anzutreten, weil er befürchtete, den Erblasser möchten, in Folge der vormundschaftlichen Verwaltung, allzugrosse Vertretungsposten treffen. Des gewesenen Mündels Mutter überredete ihn, auf ihre Gefahr, indem sie ihn schadlos zu halten versprach, die Erbschaft anzutreten. Hier kann sie eine fremde Verbindlichkeit treffen; allein sie hat nicht intercedirt, nicht dem Gläubiger versprochen, für den Schuldner einzustehen.

Der entgegengesetzte Fall tritt ein in l. c. §. 4.

„Quid ergo, si, cum propterea de adeunda hereditate dubitaret Titius, quod parum idonea nomina debitorum viderentur, mulier hoc ipsum repromisit, ut, quanto minus a quoque eorum servari posset, ipsa praestaret? Prope est, ut sit intercessio.“

Ein eingesetzter Erbe trägt Bedenken, den Nachlass anzutreten, weil dessen Activen ihm allzuschlecht zu stehen scheinen. Wenn eine Frauensperson ihn zum Antritte der Erbschaft durch das Versprechen bestimmt, sie wolle für die Güte der Activen einstehen, alsdann hat sie sich dem Gläubiger verpflichten wollen, für dessen Schuldner zu haften.

Dem in l. 19. pr. erwähnten Falle überaus ähnlich ist der in §. 1. l. c.

„Nec dissimilem huic propositioni ex facto agitatam: cum quidam vir praetorius decessisset, duobus filiis superstitibus, quorum alter impubes, et alter legitimus tutor fratri esset, et cum paterna hereditate abstinere vellet, mandatu uxoris defuncti, quae mater pupillo esset, abstento pupillo, solum se hereditati miscuisset; ubi similiter se respondisse, Julianus ait, si ex ea causa agente pupillo, damnum eo nomine passus esset, non impediri eum Senatusconsulto, quo minus a muliere rem servaret.“

Ein Erblasser hatte zwei Söhne hinterlassen, den einen unmündig, den andern majorenn. Der Majorenne war des Ersteren tutor legitimus.

Dieser Letztere fand es angemessen, den Unmündigen sich der bedenklichen Erbschaft enthalten zu lassen; er selbst aber trat, aufgefordert von beider Söhne gemeinschaftlichen Mutter, und weil diese für die Folgen einzustehen versprach, den nunmehr ihm allein verbleibenden Nachlass an. Wenn es dem Pupillen vortheilhaft gewesen wäre, Miterbe zu werden, und desshalb gegen den Majorennen geklagt und dieser condemnirt wird, so hindert Letzteren das Senatusconsultum nicht gegen die Mutter zu regrediren, die sich nicht dem Gläubiger, sondern nur ihm, dem eventuellen Schuldner, zur Dekkung gegen den Gläubiger verpflichtet hatte. Ebenso ist es keine Intercession, wenn eine Frau, indem sie den Vormündern ihres unmündigen Kindes die Vertretung zusichert, diese vom Verkaufe dem Letztern gehöriger Grundstücke abhält, während der Verkauf von des Unmündigen Interesse erheischt ward. Man vrgl. l. 8. §. 1.

„Si mulier intervenit apud tutores filii sui, ne hi praedia ejus distraherent, et indemnitatem eis repromiserit, Papinianus lib. 9. Quaestionum non putat, eam intercessisse; nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem.“

Die Schlussworte sind nicht ganz richtig. Wenn schon

in einem solchen Falle die Frau keine obligationem alienam et veterem übernimmt, so übernimmt sie doch eine alienam et novam; denn indem die Vormünder unterlassen, was sie im Interesse des Mündels hätten thun sollen, begründeten sie allerdings eine eigne Verbindlichkeit. Der richtigere Entscheidungsgrund ist hier unstreitig der, dass die Frau dem Schuldner, nicht aber dessen Gläubiger sich verbindlich gemacht hatte, dass sie keine Intercession übernimmt in allen Fällen, wo sie eine intercessionem pro eodem apud eundem übernähme.

3.

Keineswegs ist eine Intercession in allen und jeden Fällen vorhanden, wo eine Frauensperson für eine fremde Verbindlichkeit eingetreten ist, sondern allemal, wo das Senatusconsultum Platz ergreifen soll, muss der Zweck des Geschäfts darauf gerichtet gewesen sein, dass eine fremde Verbindlichkeit übernommen werde.

Folgende Beispiele erläutern diess.

a) „l. 2. §. 5. Sed etsi mulier defensor alicujus exstiterit, procul dubio intercedit; suscipit enim in se alienam obligationem, quippe quum ex hac re subeat condemnationem. Proinde neque maritum, neque filium, neque patrem permittitur mulieri defendere."

„l. 3. Sed si eum defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti cum venditorem hereditatis sibi venditae, vel fidejussorem suum defendat, intercedere non videtur."

Wenn unaufgefordert Jemand einen Beklagten vor Gericht vertritt, so intercedirt er, wenigstens nach Römischem Rechte. Denn die Verurtheilung wird gegen ihn, den defensor, gerichtet, und er kann daher gehalten werden, aus eignen Mitteln die fremde Schuld zu tilgen. Gesetzt aber (l. 3. cit.), es hat Jemand ein Grundstück verkauft, und ein Dritter stellt desshalb gegen den Abkäufer die Eigenthumsklage an, und der Verkäufer tritt als des Abkäufers defensor auf. Hier intercedirt er nicht, denn er hat nicht die Absicht, die fremde Verbindlichkeit zu seiner eigenen zu machen, sondern den zu besorgenden Fall abzuwenden, dem Abkäufer für die Eviction gerecht werden zu müssen.

Dasselbe gilt von dem Falle, wo Jemand defensorio nomine für seinen, des Schuldners, Bürgen eintritt. Und darum kann eine Frau in der Regel nicht als defensor auftreten, sondern nur ausnahmsweise, wenn sie ohnehin des Beklagten Verbindlichkeit zu vertreten hat.

b) Gegen das Versprechen einer gewissen Summe erhielt eine Sclavin die Freiheit, nachdem ein Expromissor für sie

eingetreten war. Wenn sie dannn als Freigelassene zu zahlen verspricht, was der Expromissor war schuldig geworden, beabsichtiget sie offenbar nicht, für eine fremde Verbindlichkeit zu haften, sondern der eigenen, nämlich den Expromissor zu liberiren, auf kürzestem Wege gerecht zu werden.

„l. 13. pr. Aliquando, licet alienam obligationem suscipiat mulier, non adjuvatur hoc Senatusconsulto. Quod tum accidit, cum prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipit; ut ecce, si ancilla ob pactionem libertatis expromissore dato, post manumissionem id ipsum suscipiat, quod expromissor debebat, aut si hereditatem emerit, et aes alienum hereditarium in se transscribat, aut si pro fidejussore suo intercedat.“

„Prima facie alienam, re vera autem suam obligationem suscipit.“ In einem solchen Falle tritt nur in der Person des Gläubigers der Frauensperson eine Veränderung ein; die Verbindlichkeit ist vor- und nachher ganz dieselbe.

c) Dasselbe gilt in dem Falle, wo ein Schuldner zu Tilgung seiner Schuld des Gläubigers Gläubiger auf sich anweisen lässt, und die Anweisung acceptirt. l. 24. pr.

„Debitrix mulier a creditore delegata, pro eo, cui delegata est, promisit; non utetur exceptione.“

d) Ueber den in l. 13. pr. ebenfalls erwähnten Kauf einer Erbschaft sehe man l. 19. §. 3.

„Denique si ponamus, mulierem in emptione heredidatis eo nomine damnum pati, puod debitores hereditarii solvendo non sint, nulla, puto, dubitatio erit, quin Senatusconsulto locus non sit, etiamsi maxime creditoribus aliquantum praestiterit.“

Eine Frau hat eine Erbschaft gekauft. Sie hat nunmehr die Nachlassschulden zu vertreten, und kann dabei in den grössten Verlust kommen, wenn die Activen der Erbschaft schlecht sind. Der Fall einer Intercession liegt aber nicht vor. Denn jedenfalls tritt jener Erfolg nicht beabsichtigter Maassen ein.

e) Dasselbe endlich gilt überhaupt in allen den Fällen, wo die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit nur als Mittel zu dem Zwecke erscheint, ein eigenes Geschäft zu bewerkstelligen. Man vergl. l. 27. §. 2.

„Uxor debitricem suam viro delegavit, ut vir creditori ejus pecuniam solveret, et si fidem suam pro ea, quam delegavit, apud virum obligaverit, locum exceptio Senatusconsulti non habebit, quia mulier suum negotium gessit.“

Eine Frau, die eine Summe schuldig ist, überweist ihre Schuldnerin dem Manne, welcher seiner Frau Schuld zu bezahlen übernimmt, und durch jene Ueberweisung soll gedeckt werden.

Wenn die Frau in einem solchen Falle dem Ehemanne für ihre Schuldnerin gut sagt, so ist das keine Intercession „non fidem suam pro debito alieno obligare voluit, sed suum negotium gessit.“

f) So auch in l. 25. §. 1.

„Quod si pro eo (servo suo) fidejusserit, exceptione Senatusconsulti Vellejani, judicio conventa, adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit.“

Wenn eine Frau sich für ihren Sclaven verbürgt, so ist das eine Intercession oder keine, je nachdem die Bürgschaft in einer Angelegenheit geleistet worden, die der Sclave für seiner Herrin Rechnung, oder für irgend eine andere Rechnung zu besorgen hatte. Nur in letzterem Falle ist eine Intercession da.

Hiermit ist der Gegensatz zu verbinden, welchen pr. l. c. enthält.

„Si domina servo suo credi jusserit, actione honoraria tenebitur.“

Wenn auf Befehl des Herrn von einem Sclaven Geld geborgt wird, so wird damit allemal ein eigenes Geschäft des Herrn hergestellt, indem der Herr, oder auch die Herrin, de eo quod jussu obligat wird, und nicht entfernt deutet in einem solchen Falle die Aeusserlichkeit des Geschäftes darauf hin, dass eine fremde Verbindlichkeit habe sollen übernommen werden.

g) „l. 32. pr. Si mulier hereditatem alicujus adeat, ut aes alienum ejus suscipiat, vix est, ut succurri ei debeat, nisi si fraude debitorum id conceptum sit; nec enim loco minoris viginti quinque annis circumscripti per omnia habenda est mulier.“

Wer eine Erbschaft antritt, macht die erbschaftlichen Schulden zu seinen eigenen. Allein in ganz anderer Absicht tritt man eine Erbschaft an. In einem solchen Falle ist keine Intercession vorhanden, und es hat eine Frau, wenn sie in einen Fall der Art kommt, nicht exceptionem SCt. Vellej.

Dass sie in integrum restituirt werden kann, wenn die Nachlassgläubiger sieböslicher Weise inducirt haben, hat sie mit männlichen Erben gemein. Dass ein Minorenner auch ohne dieses restituirt werden würde, gehört nicht hieher.

h) Wenn jedes Geschäft, das in der Absicht vollzogen worden ist, eine fremde Verbindlichkeit zu übernehmen, die exceptionem Senatusconsulti Vellejani begründet, so versteht es sich von selbst, dass auf die Form des Geschäfts und darauf nichts ankommen kann, ob dieselbe jene Absicht deutlich erkennen lässt, oder nicht, ob insonderheit die Intercedenten zu Hinterziehung des SCti. diese Absicht mit der Form des Geschäfts zu verdecken gewusst haben.

Man vgl. l. 29. §. 1.

„Paulus respondit: ea, quae in fraudem Senatusconsulti, quod de intercessione feminarum factum est, excogitata probari possunt, rata habere non oportere".

Durch ein Beispiel findet sich diess in pr. l. c. erläutert.

„Quidam voluit heredibus Lucii Titii mutuam pecuniam dare, et cum eis contrahere, sed quoniam facultates eorum suspectas habuit, magis voluit uxori testatoris dare pecuniam, et ab ea pignus accipere; mulier eandem pecuniam dedit heredibus, et ab his pignus accepit. Quaero: an intercessisse videatur, et an pignora, quae ipsa accepit, teneantur creditori? Paulus respondit: si creditor, cum contrahere vellet cum heredibus Lucii Titii, evitatis his, magis mulierem ream elegit, et in ipsius persona Senatusconsulto, quod de intercessionibus facta est, locum esse, et pignora ab ea data non teneri. Eas autem res, quas mulier ab his, pro quibus intercedebat, pignori accepit, creditori mulieris obligatas non esse; sed non sine ratione Praetorem facturum, si non tantum persona subducta mulieris, in principales debitores dederit actionem, sed etiam in res, quae mulieri obligatae sunt."

Die Erben des Titius wollten Geld borgen. Dem Gläubiger schienen sie nicht genug Sicherheit zu bieten. Er kam daher mit des Erblassers Wittwe überein, dass diese als Erborgerin eintreten und ihm Pfand geben solle. Diess geschah, und die Wittwe verborgte dann das Geld auf ihren Namen an den Erben. Weder an die Wittwe, noch an das von ihm bestellte Pfand konnte sich der Gläubiger halten.

Hiermit ist noch eine casuistische Erörterung, in die Lehre von dem de in rem verso gehörig, verbunden. Gesetzt, die Wittwe hatte sich, als sie das Erborgte anderweit an die Erben auslieh, von diesen Pfand bestellen lassen. Diese Pfänder waren dem Gläubiger nicht verhaftet, da mit diesem die Erben gar nicht contrahirt hatten. Allein Letztere würden offenbar mit des Gläubigers Schaden auf widerrechtliche Weise sich bereichern, wenn in einem solchen Falle der Prätor nicht die persönliche sowohl, als auch die Pfandklage dem Gläubiger gegen die Erben verstatten wollte.

§. 3.
Zu Num. 2.

Ueber intercedirender Frauenspersonen Recht, dasjenige zurückzufordern, was sie zufolge der Intercession geleistet haben.

Zu dem Satze unter 2. a) bedarf es keiner besondern Belegstellen. So ziemlich alle Fragmente des Titels könnten dazu gebraucht werden.

Es lässt sich diesem Zusammenhange l. 27. §. 1. unterstellen.

„Cum servi ad negotiationem praepositi, cum alio contrahentes, personam mulieris, ut idoneae, sequuntur, exceptio Senatusconsulti dominum summovet; nec videtur deterior causa domini per servum fieri, sed nihil esse domino quaesitum, non magis, quam si litigiosum praedium servus, aut liberum hominem emerit.“

Die Eigenthümlichkeit des Falles, in welchem hier dem Kläger except. SCt. Vellej. soll entgegengestellt werden, bietet kein besonderes Interesse. Wenn der Herr, dafern er selbst mit einer Frau ein Geschäft abgeschlossen hätte, hinsichtlich dessen ihm, wenn er daraus klagen sollte, jene Ausflucht entgegenstehen sollte, so versteht es sich von selbst, dass, wenn seine Sclaven dies als seine Stellvertreter gethan haben, dasselbe gelten muss.

Dem übrigen Inhalt des Satzes unter Num. 2. bestätigen folgende Stellen.

„l. 8. §. 3. Interdum intercedenti mulieri et condictio competit, puta si contra Senatusconsultum obligata, debitorem suum delegaverit, nam hic ipsi competit condictio, quemadmodum si pecuniam solvisset, condiceret; solvit enim et qui reum delegat.“

Eines eigenen Schuldners mit Genehmigung eines Dritten erfolgte Anweisung an leszteren zu zahlen (delegatio), steht einer wirklich geleisteten Zahlung gleich.

Also: wenn eine Frau, nach vorhergegangener, zur Zahlung für einen Andern, wenn das Senatusconsultum nicht entgegenstände, verbindenden Handlung, statt zu zahlen, ihren Schuldner delegirt, so kann sie die Aufhebung der Delegation fordern, und um so mehr, wenn sie statt zu delegiren, wirklich gezahlt hatte, auf des Gezahlten Zurückzahlung klagen.

„l. 32. §. 1. Si mulier rem a se pignori datam per intercessionem recipere velit, fructus etiam liberos recipit; et si res deterior facta fuerit, eo nomine magis aestimetur. Sed si creditor, qui pignus per intercessionem accepit, hoc alii vendidit, vera est eorum opinio, qui petitionem dandam ei putant et adversus bonae fidei emptorem, ne melioris conditionis emptor sit, quam fuerit venditor.

Wenn eine Frauensperson ein Pfand für eine fremde Schuld bestellt hat, als in welchem Falle eine Intercession derselben vorliegt, so kann sie nicht nur die verpfändete Sache, sondern auch die davon gewonnenen Früchte (wäre Geld gezahlt worden, so träten Zinsen an der Früchte Stelle) und zugleich Entschädigung verlangen, daferne die Sache verschlechtert worden. Und da ein Verkäufer auf den Abkäufer

nicht mehr oder besseres Recht übertragen kann, als er selbst an der verkauften Sache hat, so muss der Abkäufer, welcher das von der Frau bestellte Pfand dem Pfandgläubiger abgekauft hat, die Vindication eben so wohl gegen sich gelten lassen, als der Gläubiger dieselbe nicht zu elidiren vermocht hätte.

l. 32. §. 2. Diese, der intercedirenden Frau Zurückforderungsrecht ebenfalls bestätigende Stelle ist schon citirt worden.

§. 4.

Zu Num. 3.

Jede von einer Frauensperson bewirkte Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit wird im Zweifelsfalle als Intercession angesehen.

Die im Vorhergegangenen gegebenen Beispiele reichen hin, um darzuthun, dass man in unzähligen Fällen nur das Geschäft selbst in's Auge zu fassen braucht, um sich zu überzeugen, dass entweder keine Absicht zu intercediren vorwaltete, oder, wenn sie vorgewaltet haben sollte, die Intercedenten gewusst haben, das unstatthafte Geschäft in unverfängliche Form zu kleiden.

Es leuchtet von selbst ein, dass in Fällen der letztern Art entweder von dem Senatusconsult keine Rede sein kann, oder doch die Frau die exceptionem SCti. Vellej. zu beweisen hat. Man denke z. B. an den Fall, wo Jemand eine Erbschaft angetreten. An sich ist es nicht wahrscheinlich, es ist aber auch nichts weniger als unmöglich, dass diess geschehen sei, um für die Passiven des Nachlasses einzutreten. Andererseits giebt es Geschäfte, welche, ihre Form in's Auge gefasst, gar nicht unterscheiden lassen, ob dabei eine Intercession beabsichtigt worden ist oder nicht; z. B. wenn eine Frau für einen fremden Sclaven intercedirt hat. Sie kann diess ebensowohl gethan haben, damit der Sclave für sie, als damit für er einen Andern Geld in die Hände bekomme. Sobald aber die Gestaltung eines Geschäfts die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit ausspricht, muss man die Absicht zu intercediren voraussetzen. Denn die Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit liegt vor; und so lange nicht anderweite, das Urtheil modificirende Thatsachen beigebracht sind, lässt sich über eine Absicht nur nach den vorliegenden Thatsachen urtheilen. Weniger entwickelt als angedeutet ist der Satz in folgender Stelle.

„l. 17. pr. Vix uxori donationis causa rem viliori pretio addixerat, et in id pretium creditori suo delegaverat. Re-

spondi: venditionem nullius momenti esse, et, si creditor pecuniam a muliere peteret, exceptionem utilem fore, quamvis creditor existimaverit, mulierem debitricem mariti fuisse, nec id contrarium videri debere ei, quod placeat, si quando in hoc mulier mutuata esset, ut marito crederet, non obstaturam exceptionem, si creditor ignoraverit, in quam causam mulier mutuaretur, quando quidem plurimum intersit, utrum cum muliere quis ab initio contrahat, an alienam obligationem in eam transferat; tunc enim diligentiorem esse debere.“

Ein Mann hatte seiner Frau ein Grundstück verkauft. Die Frau war aber nicht schuldig, den Kaufpreis zu bezahlen, weil die Kaufsumme unverhältnissmässig niedrig war angesetzt worden, indem der Mann in der Form eines Kaufes eine (zwischen Eheleuten verbotene) Schenkung hatte bewerkstelligen wollen. Der Mann, der dem A Geld schuldig war, überwies die Nichtschuld der Frau an A, und die Frau versprach dem A zu zahlen. Der Gläubiger mochte nun die Bewandniss der Sache gewusst oder nicht gewusst haben, er musste das Senatusconsult gegen sich gelten lassen. Denn so viel lag gleich in der Form des Geschäftes vor: die Frau war für eine fremde Verbindlichkeit eingetreten, und der Gläubiger hätte, bis er sich nicht von dem Gegentheile unterrichtet und erfahren, dass die Frau Schuldnerin des Mannes sei und daher mittelst des Geschäftes eine eigene Schuld berichtige, von der Voraussetzung ausgehen sollen, die Form des Geschäftes sei der Ausdruck der damit verbunden gewesenen Absicht.

§. 5.

Zu Num. 4.

Rechte derjenigen, welche der Intercession einer Frauensperson beigetreten.

Den Satz, dass das SCt. Vellej. den intercedirenden Frauen und den für sie anderweit intercedirenden Personen zu statten komme, sprechen in höchster Allgemeinheit aus l. 14. u. 15. Cod. h. tit.

„l. 14. Mulierem contra Senatusconsulti Vellejani auctoritatem non posse intercedere eademque exceptione fidejussorem ejus uti posse, juris auctoritas probat. Unde, si mater tua marito quondam suo heres non exstitit, satis idoneae exceptionis remedio tuta est.

„l. 15. Si uxor pro marito contra Senatusconsultum intercessura te rogavit mandatorio nomine, ut pro ea tuam fidem obstringeres, initio contractus per exceptioni auxilium obligationi tuae adhaesit securitas, qua conventus defendi potes.“

In dem Titel der Pandecten findet er sich nur angedeutet, und zwar in folgenden zwei Stellen:

1) Nachdem in l. 8. §. 3. gesagt worden, dass eine Frau, welche in Gemässheit vorhergegangener Intercession gezahlt, oder einen ihrer Schuldner dem Gläubiger, bei dem sie intercedirt, überwiesen hat, nach Unterschied des Falls Zurückzahlung oder Aufhebung der Delegation verlangen kann, fährt §. 4. l. c. also fort:

„Sed si is, qui a muliere delegatus est, debitor ejus non fuit, exceptione Senatusconsulti poterit uti, quemadmodum mulieris fidejussor."

Man braucht nicht erst darauf aufmerksam gemacht zu werden, dass nach dieser Stelle demjenigen, welcher pro intercedente muliere fidejubirt hat, das SCt. Vellej. zu statten kommt. Auch kann es nicht zweifelhaft sein, dass, den wesentlichen Wirkungen des Geschäfts nach, sich einem Bürgen ganz gleich derjenige stellt, welcher in Folge erhaltener Anweisung eine Summe zu zahlen versprochen, die er nicht schuldig war.

2) „l. 30. §. 1. Procurator si mandatu mulieris pro alio intercesserit, exceptione Senatusconsulti Vellejani adjuvatur, ne alias actio intercidat."

Der Procurator, der in einer Frauen Auftrag für einen Andern intercedirt, steht zu der Frau ebenfalls insofern in dem nämlichen Verhältnisse wie ein Bürge, dass er (abgesehen von dem SCt. Vellej.) zahlen musste, jedoch mittelst der act. mand. den Regress an die Frau hatte. Auf diese Weise würde die Frau immer eine fremde Verbindlichkeit zu übertragen gehalten sein, und darum hat auch der Procurator in dem bemerkten Falle except. SCt. Vellej. „ne alias actio intercidat", d. h. man muss ihm diese Ausflucht zugestehen, weil die Frau, wenn er sie actione mandati belangen sollte, ihm die gedachte Exception entgegenstellen kann, und also es möglich wäre, dass der Procurator auf offenbar widerrechtliche Weise um sein Geld gebracht würde.

§. 5. b)

Zu Num. 4. b)

Rechte derjenigen, welche anstatt einer Frauensperson intercedirt haben.

Den Satz bestätigt die leicht verständliche l. 32. §. 3.

„Si mulier, ne ipsa intercederet, alii mandaret, ut id faceret, an in hujus persona locus huic Senatusconsulto sit, qui rogatu mulieris id faceret? totus enim sermo Senatusconsulti ad petitionem non dandam adversus ipsam mulierem spectat. Et puto, rem ita esse distinguendam, ut, si quidem creditor, cui me obligavi, mandante muliere hoc in fraudem Senatusconsulti egisset, ne ipsa interveniret contra Senatusconsultum,

daret autem alium, excludendum eum exceptione fraudis Senatusconsulti factae; si vero is ignorasset, ego autem scissem, tunc mandati me agentem cum muliere, excludendum esse, me autem creditori teneri.“

Diese Bestimmung weicht nur scheinbar ab von der in Num. 1. aufgestellten Regel, nach welcher die Anwendbarkeit des SCt. Vellejani voraussetzt, dass die Frauensperson sich dem Gläubiger verbunden habe. Denn der Andere, dem sie zu zahlen sich verpflichtet, was er aus der Intercession dem Gläubiger zahlen würde, repräsentirt gegen sie den Gläubiger.

Dass in einem solchen Falle eine Mannsperson die, nur den Frauenspersonen gegebene, except. SCt. Vellej. geltend machen kann, ist ebenfalls keine Abnormität, da unter solchen Umständen die intercedirende Mannsperson eine Frauensperson repräsentirt. Dass jene gegen den Gläubiger nur dann, wenn dieser nichts von der Bewandtniss der Sache und den Motiven gewusst, die der Intercession der Mannsperson zu Grunde liegen, sich der Ausflucht bedienen kann, ist, sobald man sich nur gegenwärtig hält, dass in dem bemerkten Falle der Intercedent eine Frauensperson repräsentirt, der weiter unten Num. 6. a) aufgestellten Regel völlig conform.

§. 6.

Zu Num. 5.

Inwiefern der Gläubiger, welcher gegen die Intercession einer Frauensperson den Schuldner der Verbindlichkeit entlassen, oder gleich anfänglich statt eines andern Schuldners eine Frau zur Schuldnerin erhalten hat, um nichts weniger gegen Letztern klagen kann.

Wir finden in dem vorliegenden Titel eine Anzahl, gleich näher zu erläuternder, Stellen, welche, zum Theil mit einem nicht unbedeutenden Aufwande casuistischer Umständlichkeit, davon sprechen, dass in allen Fällen, wo eine Frau auf eine Weise intercedirt, welche dem Senatusconsulto Vellejano unterliegt, alsdann die Klage gegen den vorigen Gläubiger restituirt wird. Nun könnte aber die Klage gegen den vorigen Gläubiger nicht restituirt werden, wenn sie nicht untergegangen gewesen wäre; woraus denn folgt, dass alle jene Gesetze von Intercessionen nicht accessorischer sondern solcher Art sprechen, wo gegen die Intercession einer Frauensperson der ursprüngliche Schuldner des Schuldnexus förmlich war entlassen worden. Wenn in einem solchen Falle der Gläubiger, weil er eine Intercession erhalten hatte, die es ganz von der intercedirenden Frauensperson Ermessen abhängig

liess, ob damit eine Wirkung verbunden sein sollte oder nicht, die ursprüngliche Klage gegen den liberirten Schuldner anstellen wollte, so konnte er diess. Er musste aber zugleich mit auf Wiederherstellung des aufgehobenen Schuldverhältnisses antragen. Denn es musste das vernichtete Schuldverhältniss wiederhergestellt sein, wenn der Schuldner daraus sollte verurtheilt werden können. Wollte man diess adäquat den heutigen prozessrechtlichen Ansichten aussprechen, so könnte man sagen: Ich fordere von A die 100 Thlr., die ich ihm geborgt, und diess obschon ich ihn der Schuld entlassen habe; denn da diess gegen die Intercession einer Frauensperson geschehen, so ist er der Schuld auf eine Weise entlassen worden, die ihn nicht berechtigt, die Entlassung exceptivisch gegen mich geltend zu machen. Dass, die Form anlangend, der Hergang der Sache sich in solchen Fällen nach römischem Prozessverfahren ganz anders gestaltete, als heutiges Tages, diess ist für den vorliegenden Zweck unerheblich. Materiell wird hiermit, wie man von selbst sieht, nichts erreicht, als was Num. 5. ausspricht.

Vorstehendes ist das Resultat folgender Stellen:

„l. 8. §. 7. Quoties pro debitore intercesserit mulier, datur in eum pristina actio, etsi ille prius acceptilatione liberatus sit, quam mulier intercesserit."

Es kommt nichts darauf an, ob der liberirte Schuldner liberirt ward, damit die Frau intercedire, oder ob die Frau intercedirte, damit der Schuldner liberirt würde.

„l. 8. §. 8. Si convenerit cum debitore, ut expromissorem daret, et acceptum ei latum sit, deinde is dederit mulierem, quae auxilio Senatusconsulti munita est, potest ei condici, quasi non dedisset; quid enim interest, non det, an talem det? Non erit igitur actio utilis necessaria, cum condictio competat."

Hier wird die restitutoria actio genannt actio utilis, welcher Name allen Klagen gemeinschaftlich ist, die nicht in Uebereinstimmung mit dem streng formellen Rechte zu Sicherstellung des ausserdem gefährdeten materiellen Rechts gegeben werden.

Der Fall und die Entscheidung in dem citirten Gesetze sind folgender.

Wenn ich den Schuldner liberire gegen die Zusage, dass er mir an seiner Statt einen Andern stellen werde, und er stellt mir eine intercedirende Frauensperson, so habe ich die restitutoriam actionem nicht schlechterdings nöthig. Ich kann gegen ihn condictionem sine causa auf Wiederherstellung der ursprünglichen Verbindlichkeit erheben; denn er hat nicht geleistet, was er gegen die beschehene Acceptilation zu leisten hatte.

„l. 8. §. 9. Marcellus quoque scribit, si mulieri post

intercessionem accepto tulerit creditor, nihilominus restitutoriam actionem ei dari debere; inanem enim obligationem divisit."

Wer eine nichtbezahlte Schuld um nichts weniger als bezahlt annimmt, der setzt sich gegen den Schuldner in dieselbe Lage, als wenn dieser die Verbindlichkeit getilgt hätte. Das ist aber nicht der Fall, wenn der Gläubiger von einer Frau, die für seinen Schuldner intercedirt hatte, die nicht bezahlte Schuld als bezahlt annimmt. Denn da die Frau nichts schuldig war, so hat er keine Schuld, sondern eine Nichtschuld als getilgt angenommen.

„l. 8. §. 11. Quamquam in omnes, qui liberati sunt, restituitur actio, non tamen omnibus restituitur; utputa duo rei stipulandi fuerunt; apud alterum mulier intercessit; ei soli restituitur obligatio, apud quem intercessit."

Zwei Gläubiger, A und B, hatten solidarisch bei einem und ebendemselben Schuldner C 100 Thlr. zu fordern. Nur bei dem A intercedirt eine Frau. Wenn nicht A, sondern B klagt, so hat letzterer nicht nöthig, sich der restitutorischen Formel zu bedienen. Denn hinsichtlich seiner hat die Frau nicht einmal formell das Schuldverhältniss geändert.

l. 8. §. 12. „Si mulieri heres exstiterit creditor, videndum, an restitutoria uti non possit? Et ait Julianus lib. 12.: restitutoria eum nihilominus usurum. Nec immerito, cum non obligatae cum effectu successerit. Denique in Falcidia hoc aes alienum non imputabitur."

Der Gläubiger wird Erbe der intercedirenden Frau. Da die Frau nicht für die Schuld zu haften gehalten *) war, so kann ihre Intercession auch nicht den Erben behindern, die restitutorische Klage gegen den ursprünglichen Schuldner anzustellen, dessen Verhältniss ganz unverändert geblieben ist.

„l. 8. §. 13. Plane si mihi proponas, mulierem veteri debitori successisse, dicendum erit, restitutoria eam conveniri posse; sed et directa actione, nihil enim ejus interest, qua actione conveniatur."

Wenn die intercedirende Frau dem liberirten Schuldner succedirte, so ist es einerlei, ob man gegen sie die restitutorische Formel gebraucht oder nicht. Actio directa heisst hier offenbar die Klage ohne gedachte Formel. Denn wenn sie der directen Klage die Ausflucht entgegenstellte, dass der Schuldner liberirt sei, so musste sie zugleich gestehen, oder es würde bewiesen werden, dass er zufolge ihrer Intercession und also ungültigerweise liberirt worden sei.

*) Und darum kamen Schulden, die Frauen mittelst Intercessionen contrahirt hatten, auch nicht bei Berechnung der Quarta Falcidia in Ansatz.

„l. 9. Sed si pro alieno servo intercedat, quemadmodum in patrem-familias priorem reum restituitur actio, ita in dominum quoque restituenda erit."

Wenn der gegen Intercession einer Frau liberirte Schuldner ein filius-familias oder ein Sclave ist, und solchergestalt gegen den Hausvater actio de peculio möglich war, so wird gegen den Hausvater die restitutorische Klage gegeben, so wie die directe gegen ihn stattfand, bevor die Intercession eingetreten war.

Ganz stimmt hiermit überein l. 32. §. 5.

„Intercedere mulierem intelligendum est, etiam pro eo, qui obligari non possit, veluti, si pro servo alieno intercedat; sed rescissa intercessione, in dominum restituenda est actio."

„l. 10. Hae actiones, quae in eos, pro quibus mulier intercessit, dantur, et heredibus, et in heredes, et perpetuo competunt; habent enim rei persecutionem. Caeteris quoque honorariis successoribus dabuntur, et adversus eos."

Der restitutorischen Klage bedienen die Erben des Gläubigers sich eben so gut, als der directen, wie denn auch diese gleich der directen gegen die Erben des Schuldners gegeben wird.

„l. 13. §. 1. De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus, cum quasi serviana, quae et hypothecaria vocatur, in his utilis sit, quia verum est, convenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam."

Wenn der Gläubiger gegen den Schuldner die Pfandklage anstellt, um aus den von dem Schuldner bestellten Pfändern die Befriedigung zu verlangen, so braucht er die restitutorische Formel nicht. Denn der Pfandvertrag ist nicht aufgehoben worden, und die damit begründete Verbindlichkeit, mit den Pfändern einzustehen, nicht durch Zahlung erloschen.

„l. 13. §. 2. Si sub conditione vel in diem mulier pro alio intercesserit, etiam pendente conditione, volenti creditori cum priore debitore experiri, actio danda est restitutoria. Quo enim bonum est, exspectare conditionem, vel diem, cum in ea causa sit prior iste debitor, ut omnimodo ipse debeat suscipere actionem?"

Wenn die Intercession den Gläubiger nicht behindert, den dagegen liberirten Schuldner in Anspruch zu nehmen, so versteht es sich wohl von selbst, dass dasselbe Rechtens sein müsse, wenn die Frau nur sub conditione oder in diem wollte gehalten sein.

„l. 14. Si mulier contra Senatusconsultum intercesserit, aequum est, non solum in veterem debitorem, sed et in fidejussores ejus actionem restitui, nam cum mulieris persona

subtrahatur creditori propter Senatusconsultum, integra causa pristina restituenda est.“

Die Stelle enthält die Bestätigung zu den Worten „und dessen Bürgen“ in Num. 5. Es möchte bei der accessorischen Natur der Bürgschaft, die in der Regel mit der Principalverbindlichkeit steht und fällt, diess sich ebenfalls von selbst verstanden haben.

„l. 20. Si pro uno reo intercessit mulier, adversus utrumque restituitur actio creditori.“

A und B sind solidarische Schuldner. Eine Frau intercedirt nur für B, aber zu dem vollen Betrage der solidarischen Schuld. Dagegen nimmt der Gläubiger die Schuld von dem B für getilgt an. Bei dem solidarischen Nexus der beiden Schuldner ist formell die Schuld auch in Hinsicht auf A getilgt, und also die restitutorische Formel nöthig, gegen welchen der beiden solidarischen Schuldner der Gläubiger nur immer klagen möge.

Keiner Erläuterung bedarf l. 24. §. 2.

„Si Senatusconsulti beneficium intervenerit, utrum statim, cum mulier intercesserit, actio in priorem debitorem competit, an si mulier solutum condicat? Puto statim, et non exspectandam solutionem.“

§. 6. b)

Fortsetzung zu Num. 5. b)

Den Satz bestätigt l. 8. §. 14.

„Si, cum essem tecum contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham, videtur intercessisse. Quo casu datur in te actio, quae instituit magis quam restituit obligationem; ut perinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier est obligata; verbi gratia, si per stipulationem mulier, et tu quasi ex stipulatu conveniaris.“

Der Fall und die Entscheidung sind gleich einfach. Die Worte „tu quasi ex stipulatu conveniaris“ beziehen sich auf das prozessualische Formelwesen. Wer in einem solchen Falle nicht gegen die Frau, sondern den Dritten, und also gegen Jemanden klagte, mit dem er gar nicht contrahirt hatte, der musste diess Verhältniss, die Umstände, in Folge deren er Jemanden verklagte, als wenn er mit diesen contrahirt hätte, was er mit einer Frau contrahirt hatte, in der Klageformel hervorheben.

Hiermit ist §. 15. l. c. zu verbinden.

„Illud videndum est, si mulier pro eo intervenit, qui, si cum ipso contractum esset, non obligaretur, an hac actione ille debeat teneri? utputa si pro pupillo intercessit, qui sine

tutoris auctoritate non obligatur. Et puto, non obligari pupillum, nisi locupletior factus est ex hoc contractu. Item si minor viginti quinque annis sit, pro quo mulier intercessit, in integrum restitutionem poterit implorare; vel si filius contra Senatusconsultum contracturus esset.“

In einem solchen Falle beruht das Klagerecht auf einem fingirten Verhältnisse und auf der denkbaren Möglichkeit, dass der Mann contrahirt haben könnte, was mit einer Frau contrahirt worden. Wenn nun aber der Mann nicht verbindlicher Weise contrahirt hätte, weil er entweder ein Pupill und durch das Geschäft nicht reicher geworden, oder ein Minorenner ist, und dafern er selbst contrahirt hätte, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand fordern könnte, oder auch, weil das Geschäft contra SCt. Macedonianum mit dem Haussohne geschlossen worden, so muss der Gläubiger diess alles gegen sich gelten lassen. Sein Rechtsverhältniss zu dem Andern wird, wie es in Num. 5. b) heisst, ganz so beurtheilt, als hätte er mit dem Beklagten und nicht mit der Frauensperson contrahirt.

§. 7.

Zu Num. 6.

Fälle, in welchen die except. SCt. Vellej. nicht stattfindet, und insonderheit zu Num. 6. Lit. a.

Dass das Senatusconsult gegen den Gläubiger zur Anwendung kommt, in allen Fällen, wo er nach Num. 3. voraussetzen konnte, dass, der Form des Geschäfts entsprechend, dasselbe auch in materieller Hinsicht auf Vertretung einer fremden Verbindlichkeit berechnet sei, ist bemerkt worden.

Wenn aber die Form des Geschäfts keine Intercession ausspricht, dann muss man bis zum Beweise des Gegentheils annehmen, dass der Gläubiger die Intercession weder gewusst, noch voraussetzen gekonnt.

In allen Fällen aber, wo der Gläubiger diese Wissenschaft nicht gehabt, und nicht aufgefordert sein konnte, sich dieselbe zu verschaffen, kommt das Senatusconsultum nicht zur Anwendung.

„l. 11. Si mulier tanquam in usus suos pecuniam acceperit, alii creditura, non est locus Senatusconsulto; alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest, quid acturae sint.“

Eine Frau borgt, und zwar dem Anscheine nach zu eigenen Bedürfnissen, in Wahrheit aber, um mit dem eigenen Credite für die Verbindlichkeit eines Andern einzutreten, dem sie das Erborgte weiter leiht. In einem solchen Falle kann sie das Senatusconsultum nicht für sich geltend machen. Denn,

wie die Stelle sehr richtig sagt, wer möchte sich in Geschäfte mit einer Frau einlassen, wenn er sich allemal darum bekümmern müsste, zu welchem Zwecke sie das Object der ihrerseits übernommenen Verbindlichkeit verwenden möchte.

Ebenso l. 4. pr.

„Sed si ego cum muliere ab initio contraxerim, cum ignorarem, cui hoc factum vellet, non dubito, Senatusconsultum cessare; et ita Divus Pius et Imperator noster rescripserunt.“ und l. 12.

„Immo tunc locus est Senatusconsulto, cum scit creditor eam intercedere.“

Ferner l. 28. §. 1.:

„Fundum uxoris suae maritus obligavit Sempronio ob conductionem; mox mulier a Numerio sua fide mutuam pecuniam acceptam sub obligatione ejusdem fundi solvit statim Sempronio pro marito suo. Quaesitum est: an adversus Senatusconsultum obligata sit? Respondi: si Numerius scisset, eam intercedere, fore Senatusconsulto, de quo quaeritur, locus.“

Ein Ehemann hatte eine Pachtung übernommen und dem Verpachter zu dessen Sicherstellung Hypothek an einem, nicht ihm, sondern der Ehefrau gehörigen Grundstücke gegeben. Späterhin borgt die Frau Geld, indem nunmehr sie dem Gläubiger Numerius Hypotek an demselben Grundstücke einräumt, und das erborgte Geld verwendet sie, um den Verpachter zu befriedigen. Zwischen ihr und dem Numerius kommt das Senatusconsultum zur Anwendung, je nachdem dieser Kenntniss gehabt, zu welchem Zwecke die Frau das Darlehnsgeschäft eingegangen.

Hieher gehören auch die casuistischen Erörterungen in l. 6. 7. und l. 19. §. 5.

„l. 6. Si fidejussores pro defensore absentis filii ex mandato matris ejus intercesserint, quaeritur, an etiam his Senatusconsulto subveniatur? Et ait Papinianus lib. 9. Quaestionum: exceptione eos usuros; nec multum facere, quod pro defensore fidejusserunt, cum contemplatione mandati matris intervenerunt. Plane, inquit, si is qui accepit eos fidejussores, matrem eis mandasse ignoravit, exceptionem Senatusconsulti replicatione doli expellendam.“

Für den A war ein Defensor eingetreten. Er hatte dafür, dass A ratihabiren werde, Bürgen gestellt; diese Bürgen aber waren eingetreten als die Mandatare der Mutter des A. Hierin liegt die Intercession einer Frau. Denn die von dem Defensor principaliter und accessorisch von den Bürgen zu vertretende Verbindlichkeit würde mittelst der von den Bürgen gegen die Mutter anstellbaren act. mandati auf letztere zurückfallen. Da nun der Bürge dieselben Exceptionen gebrauchen kann, deren sich der Hauptschuldner bedienen kann, und die Mutter, wenn

sie nicht durch Bürgen, sondern selbst für den Defensor eingetreten wäre, exceptionem Senatusconsulti Vellejani gebrauchen könnte, so fragt es sich im vorliegenden Falle, ob, wenn A nicht ratihabirt und die Bürgen in Anspruch genommen werden, jene nicht das Senatusconsultum für sich anziehen können? Papinian bejaht diess. Denn obschon die Bürgen nominativ für den Defensor eingetreten sind, so sind sie es doch eigentlich für die Mutter. Allein der Kläger setzt ihnen doli replicationem entgegen, wenn er nicht gewusst hat, in Folge welcher Veranlassung sie Bürgschaft geleistet haben.

An dieses Verhältniss sich knüpfende Fragen erörtert weiter l. 7.

„Quamquam igitur fidejussor, doli replicatione opposita, defensionem exceptionis amittit, nullam tamen replicationem adversus mulierem habebit: quia facti non potest ignorationem praetendere. Sed non erit iniquum, dari negotiorum gestorum actionem in defensorem, quia mandati causa per Senatusconsultum constituitur irrita et pecunia fidejussoris liberatur."

Die Bürgen müssen unter den angegebenen Umständen zahlen. Wenn sie aber an die Auftragsgeberin regrediren, so kann diese ihnen exceptionem Senatusconsulti entgegensetzen; denn sie haben gewusst, dass sie mit einer Frau contrahirten, welche sich in die Lage brachte, in Folge der, auf Seiten des Bürgen anstellbaren actio mandati für des A unterbleibende Ratihabition an des Defensors Stelle gerecht zu werden. Den unglücklichen Bürgen soll gegen den Defensor, den sie ja doch liberirt, actione negotiorum gestorum geholfen werden, um der Billigkeit willen (non erit iniquum); denn, streng genommen, liessen sich dagegen Zweifel erregen, da sie nicht contemplatione defensoris eingetreten sind.

„l. 19. §. 5. Cum haberes Titium debitorem, et pro eo mulier intercedere vellet, nec tu mulieris nomen propter Senatusconsultum sequereris, petiit a me mulier mutuam pecuniam, solutura tibi, et stipulanti mihi promisit, ignoranti, in quam rem mutuaretur, atque ita numerare me tibi jussit; deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi; quaesitum est: si eam pecuniam a muliere petam, an exceptio Senatusconsulti ei prosit? Respondit: videndum, ne non sine ratione dicatur, ejus loco, qui pro muliere fidejusserit, haberi me debere, ut, quemadmodum illi, quamvis ignoraverit mulierem intercedere, exceptio adversus creditorem detur, ne in mulierem mandati actio competat, ita mihi quoque adversus te utilis exceptio detur, mihique in mulierem actio denegetur, quando haec actio periculo mulieris futura sit. Et haec paulo expeditius dicenda, si prius, quam ego tibi pecuniam solverim, compererim eam intercessisse; ceterum si ante solverim, vi-

dendum, utrumne nihilominus mulieri quidem exceptio adversus me dari debeat, et ego tibi condicere pecuniam possim, an vero perinde habendum sit, ac si initio ego pecuniam mulieri credidissem, ac rursus tu mihi in creditum isses? Quod quidem magis dicendum existimavit, ut sic Senatusconsulto locus non sit, sicuti et cum debitorem suum mulier deleget, intercessioni locus non sit. Quae postea non recte comparari ait: quando delegatione debitoris facta, mulier non obligetur. At in proposito alienam obligationem in se transtulerit: quod certe Senatus fieri nolit."

Der umständlicheren Erläuterung der Stelle ist die Bemerkung vorauszuschicken, dass sich darinnen eine eigenthümliche Ansicht des Grundes findet, aus dem derjenige, welcher Bürge für eine intercedirende Frauensperson geworden ist, eben so gut wie diese das Senatusconsultum soll geltend machen können. Während wir den Grund davon bereits in der rein accessorischen Natur der Bürgschaft gefunden haben, wird in der vorliegenden Stelle in den Worten: „videndum, ne non sine ratione dicatur, ejus loco, qui pro muliere fidejusserit, haberi me debere: ut, quemadmodum illi, quamvis ignoraverit mulierem intercedere, exceptio adversus creditorem detur, ne in mulierem mandati actio competat" dem Sinne nach Folgendes gesagt: Wenn nicht auch dem Bürgen das Senatusconsultum Vellejanum zu statten käme, so könnte dessen Anwendbarkeit sehr leicht vereitelt werden; die Frauen dürften alsdann nur Bürgen stellen. Diesen müssten sie alsdann, wenn die Bürgen den Gläubiger befriedigt hätten, in Folge der actionis mandati bezahlen, was sie ohne das Senatusconsultum dem Gläubiger zu bezahlen gehabt hätten; welchergestalt sie denn offenbar um nichts gebessert wären.

Der Fall in dem Fragmente ist folgender: Titius ist dem Lucius schuldig. Des Schuldners Ehefrau, Titia, will für den Ehemann intercediren. Lucius nimmt die Intercession nicht an, die ihm in Hinsicht auf das Senatusconsultum nichts helfen konnte. Jetzt borgt sie von mir, um den Lucius zu bezahlen. Allein ich gebe ihr das Geld nicht in die Hände, sondern lasse mich von ihr anweisen, die Zahlung an den Lucius zu bewirken, wogegen sie sich als meine Schuldnerin für die Summe bekennt. Auch dem Lucius zahle ich nicht baar, sondern sichre ihm nur die Zahlung zu. Abgesehen zunächst davon, ob ich weiss oder nicht weiss, dass Titia auf diese Weise für eine fremde Verbindlichkeit hat eintreten wollen, stehe ich jetzt, der Wirkung nach, zu der Titia und dem Lucius insofern in demselben Verhältnisse wie ein Bürge, als Letzterer nun von mir fordern kann, was ihm die Titia schuldig sein wollte. Kann ich also dem Lucius exceptionem

Senatusconsulti *) entgegenstellen, weil ich wie ein Bürge betrachtet werden kann, und kann ich gegen die Frau eben so wenig wie ein Bürge klagen, weil meine Klage nur periculo mulieris angestellt werden könnte, diese, wenn man sie verurtheilte, nun leisten würde, was ursprünglich eine fremde, die Schuld des Titius war, für die sie keine Deckung erhalten hat? Diess lässt sich ziemlich klar und einleuchtend behaupten (et haec paulo expeditius dicenda — im Gegensatze zu den folgenden schwieriger zu beantwortenden Fragen), wenn ich, bevor ich an den Lucius zahle, erfahren habe, dass das Geschäft eine Intercession, die Titia selbst dem Lucius nichts schuldig war. Wenn ich aber an den Lucius zahle, ohne vorher von diesem Verhältnisse in Kenntniss gesetzt worden zu sein (ceterum si ante solverim etc.), so fragt es sich, kann die Frau meiner Klage auf Zahlung der Schuldpost das Senatusconsultum entgegenstellen und kann ich von dem Lucius die Zahlung als ein Indebitum nach Maassgabe des Senatusconsults zurückfordern? Nein ist die Antwort. Der Fall ist gleich dem Falle, wo ich einer Frau borge, und das Darlehn statt an sie, an einen Dritten für ihre Rechnung zu bezahlen mich verbindlich mache. Der Jurist bejaht, dass auch hier das Senatusconsultum unanwendbar sei, weil, wenn ich keine Kenntniss von den Umständen hatte, hinsichtlich meiner beide Fälle ganz identisch sind.

Die Schlussworte: „sicuti et cum debitorem suum mulier deleget intercessioni locus non sit. Quae postea non recte comparari ait, quando delegatione debitoris facta, mulier non obligetur. At in proposito alienam obligationem in se transtulerit: quod certe senatus fieri noluerit“ wären sehr entbehrlich gewesen. Der respondirende Jurist hatte gesagt: das SCt. sei hier ebensowenig anwendbar, als in dem Falle, wo eine Frau ihre Passiven mittelst Anweisung der Activen tilge. Diese Vergleichung war aber unrichtig, denn sie enthält keine Gleichheit der zusammengestellten Fälle, indem eine so anweisende Ehefrau keine neue und am allerwenigsten eine fremde Verbindlichkeit übernimmt, und darum nahm der Jurist diese Zusammenstellung als resultatlos zurück. „Non recte comparari ait etc.“

Noch sind folgende Stellen zu bemerken, in welchen die Anwendbarkeit des Senatusconsults davon abhängig gemacht wird, ob der Gläubiger gewusst, dass Bedeutung und Zweck des mit einer Frauensperson eingegangenen Geschäfts ihrerseits in Uebernahme oder Vertretung einer fremden Verbindlichkeit bestehe.

*) Utilis exceptio, denn ich hatte mich nicht wirklich verbürgt, sondern mich nur in ein der Bürgschaft analoges Verhältniss begeben.

„l. 17. §. 1. Si mulier dixisset, sibi rem dotis nomine obligatam, et creditor curasset ei pecuniam dotis solvi, quo idem pignus acciperet, et mulieri etiam pecunia credita deberetur, si possessor creditor adversus eam Serviana agentem exciperet: si non voluntate ejus pignus datum esset, replicationem mulieri Senatusconsulti non profuturam, nisi creditor scisset etiam aliam pecuniam ei deberi.“

Wenn mir eine Sache verpfändet ist, und ich verstatte, dass ein anderer Gläubiger meines Schuldners sie von diesem zum Pfande erhält, ohne dass ich mein früheres Pfandrecht erwähne, so kann ich dasselbe gegen diesen Gläubiger nicht geltend machen, denn ich habe ja selbst eingewilligt, dass ihm das Pfand für den Betrag seines Guthabens verhaftet sei (si non voluntate ejus — meiner des frühern Pfandgläubigers — pignus datum esset.) Ein solches Verfahren ist eine Intercession. Denn was mir verpfändet war, haftet nun für eine fremde Schuld, und so kann, wenn mein Schuldner nicht zahlungsfähig ist, der Verlust mich treffen, der ich nunmehr aus dem Pfande meine Befriedigung nicht erlangen kann. Diess vorausgeschickt, ist der Fall in l. 17. §. 1. cit. leicht verständlich.

Einer Frau haftete eine Sache zur Sicherheit für ihre Mitgift. Nun findet die Frau Jemanden, der für den Schuldner der Mitgift diese bezahlt, daher des Schuldners Gläubiger an der Frau Stelle wird, und zu seiner Sicherheit sich dieselbe Sache als Pfand bestellen lässt. Die nämliche Sache haftete aber auch der Frau noch für eine andere, eine Darlehnsschuld. Wenn nun die Frau gegen den neuen Pfandgläubiger klagt, um mittelst des Pfandes sich Befriedigung wegen des Darlehns zu verschaffen, und dieser ihr die Einrede entgegenstellt, dass das Pfand ja ihm mit ihrer Genehmigung bestellt worden, und sie daher nicht befugt sei, sein Recht daran zu schmälern, so wird diese Exception mittelst der replica SCt. Vellej. elidirt oder nicht elidirt, je nachdem der Gläubiger gewusst oder nicht gewusst hat, dass das Pfand der Frau ausser für die Mitgift auch noch für eine andere Forderung verhaftet sei.

„l. 27. pr. Bona fide personam mulieris in contrahendo secutus, ob ea, quae inter virum et uxorem accepta pecunia gesta sunt, exceptione Senatusconsulti non summovetur.“

Sobald eine Frau Geld von einem Gläubiger geborgt hat, ohne dass dieser wissen oder voraussetzen konnte, sie wolle mit ihrem Credite für den Mann eintreten, so kann sie es nachher dem Manne geben, ohne dass darum der Gläubiger die except. SCt. Vellej. zu fürchten hat.

„l. 28. pr. Seja mancipia emit, et mutuam pecuniam accepit sub fidejussore marito, eamque solvit venditori; postea maritus decedens non solvendo, in fraudem creditoris cavit

testamento, se eam pecuniam universam debere; quaeritur: an intercessisse mulier videatur? Respondi: secundum ea, quae proponerentur, non intercessisse."

Seja kaufte Sclaven und borgte das Geld dazu, indem der Mann für sie Bürgschaft leistete. Mittelst seines Testaments will der Mann, der kein Vermögen hinterlässt, den Gläubiger prellen, indem er darin die Erklärung ablegt, dass er eigentlich der Erborger sei, die Frau nur den Namen dazu hergegeben habe. Das hilft der Frau gegen den Darleiher zu nichts. Denn nichts kommt darauf an, zu welchem Zwecke die Frau geborgt hat, sondern alles darauf, ob der Gläubiger gewusst hat, dass die Frau mit ihrem Credite für eine fremde Schuld eintrete.

§. 8.

Fortsetzung zu Num. 6. b. c. d. und e.

Zu Bestätigung des Satzes unter 6. b. dienen folgende Stellen:

„l. 15. Si mulieri solvero id, quod tibi debebam, et ab ea ratam rem te habiturum stipulatus fuero, et forte te ratum non habente, agere ex stipulatu instituero, exceptio Senatusconsulti, quod de intercessionibus feminarum factum est, non proderit mulieri; non enim videri potest alienam obligationem recusare, cum maneam debito obligatus, et ipsa de lucro agat, ac potius reddere cogatur, quod non debitum acceperat, quam pro alio solvere."

Ich bin einem Gläubiger schuldig und lasse mir von einer Frau die Gewähr leisten, der Gläubiger werde es genehmigen, dass ich an sie zahle, was ich jenem schuldig bin, und nun zahle ich an die Frau. Der Gläubiger aber genehmigt die Zahlung an die Frau nicht, und was ich unter solchen Umständen demselben fortwährend schuldig bin, und an die Frau nunmehr ganz zwecklos gezahlt habe, fordre ich von dieser zurück, und sie kann mir nicht except. SCt. Vellej. entgegenstellen. Soviel ist gewiss — und darum im vorliegenden Zusammenhange die Stelle bedeutend — die Frau soll hier except. SCt. Vellej. darum nicht haben, weil sie in dem bemerkten Falle keinen Verlust erleidet, für das Object der Klage gedeckt ist. Uebrigens muss man der citirten Stelle den Vorwurf machen, dass ohnehin hier, wo die Frau sich gar nicht dem Gläubiger und überhaupt Niemandem unter Umständen verbindlich gemacht hat, welche die Absicht aussprächen, eine fremde Verbindlichkeit zur eigenen zu machen, von dem SCto. Vellej. nicht die Rede sein kann.

Genauer mit dem Satze in Num. 6 b.) trifft zusammen:

„l. 16. pr. Si mulier contra Senatusconsultum Vellejanum pro me intercessisset Titio, egoque mulieri id solvissem, et ab ea Titius eam pecuniam peteret, exceptio hujus Sena-

tusconsulti non est profutura mulieri; neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, cum jam pecuniam habeat.“

Wenn eine Frau für mich intercedirt, und darauf für die Intercession von mir gedeckt worden ist, alsdann kann sie dem klagenden Gläubiger nicht die except. SCti. Vellej. entgegenstellen.

Hieher gehören auch die keiner Erläuterung bedürfenden l. 21. pr. und l. 22.

„Si pro aliquo mulier intercesserit, sed in rem ejus, quod acceptum est, verteretur, exceptio Senatusconsulti locum non habet, quia non fit pauperior.

„Si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat, vel expromittat, si ea expromiserit, locum non esse Senatusconsulto Pomponius scribit, quia mandati actione obligata, in rem suam videtur obligari.“

Den Satz unter 6 c. und d.) bestätigt l. 17. §. 2.

„Mulier et Titius, cum in rem communem mutuarentur, ejusdem pecuniae rei facti sunt; non omnimodo mulierem pro parte socii videri intercessisse dicebam; nam si ob eam causam mutuati fuerint, ex qua, si creditor pecuniam non dedisset, majus damnum mulier passura fuerat, veluti quod communis insula fulta non esset, vel quod fundus communis in publicum committeretur potius esse, ut Senatusconsulto locus non sit; at si in aliquam emptionem mutua pecunia sit accepta, tunc pro parte intercessionem factam videri, et ideo creditorem partem dumtaxat pecuniae a muliere petere posse. Quod si totum petierit, exceptione pro parte summovetur.“

„l. 18. Idem et si pro debitore meo Titius et mulier duo rei intercesserint.“

Den Satz unter e. bestätigt l. 21. §. 1.

„Item si quid liberaliter fecerit, veluti ne judicatus pater ejus propter solutionem vexetur, non erit tuta Senatusconsulto; oneribus enim earum Senatus succurrit.“

Den Satz unter 6. f.) bis zu der Stelle „solchenfalls“ etc. bestätigt l. 30. pr. ganz im Allgemeinen.

„Si decipiendi animo, vel cum sciret, se non teneri, mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei Senatusconsulti non datur; actionem enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus Ordo non excludit.“

Eine Anwendung desselben Satzes und zugleich Bestätigung der andern Hälfte von „solchenfalls“ an enthält

„l. 8. §. 2. Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem ejus, duas intercessiones factas, Julianus lib. 12. Digestorum scribit, unam pro Secundo apud Primum, aliam pro Primo apud creditorem ejus, et ideo et Primo restitui obligationem, et adversus eum. Marcellus autem notat: esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur, et

onus debitoris, a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat, an vero quasi debitrix delegetur? scilicet ut, si quasi debitrix delegata est, una sit intercessio. Proinde secundum hanc suam distinctionem in prima visione, ubi quasi debitrix delegata est, exceptionem ei Senatusconsulti Marcellus non daret. Sed condemnata, vel ante condemnationem condicere utique ei, a quo delegata est, poterit, vel quod ei abest, vel, si nondum abest, liberationem."

Leicht zu verstehen ist das Fragment bis zu der Stelle, welche mit den Worten beginnt: „Marcellus autem notat etc."

Secundus war dem Primus schuldig. P. entliess den S. der Verbindlichkeit, weil als Schuldnerin eine Frauensperson an dessen Stelle eintrat. An diese erste species facti (prima visio) schloss sich dann eine andere an. P., der Gläubiger des S., war seinerseits einem Dritten schuldig, und es trat nunmehr an des P. Stelle dieselbe Frauensperson als Schuldnerin seines Gläubigers, indem sie gedachtem Gläubiger zu bezahlen übernahm, was sie dem P. aus der Intercession für S. war schuldig geworden. Die Zusammenstellung beider Fälle stellt eine zwiefache, dem Sanatusconsult unterliegende Intercession dar; denn keiner von den unter Num. 6. aufgestellten Gründen tritt ein, aus denen die Anwendbarkeit des Senatusconsults hinwegfallen könnte. Daraus folgt: dass P. gegen den S. die sogenannte restitutorische Klage hat, den S. in Anspruch nimmt, als wenn derselbe nicht wäre liberirt worden, dass ferner auch der Gläubiger des P. gegen diesen dieselbe restitutorische Klage hat.

Betrachten wir nun die Stelle des Fragments von den Worten an: „Marcellus autem notat" bis zu den Worten: „num sit intercessio."

Marcellus bemerkte zu dem obigen Falle und dessen Entscheidung, dass letztere nicht so unbedingt richtig, sondern zu unterscheiden sei, ob

a. bei der ersten Intercession (ab initio), wo die Frauensperson dem P. für den Schuldner S. eintrat, es sich um weiter nichts gehandelt habe, als dass des S. Verbindlichkeit auf eine Frauensperson sollte übertragen werden, oder ob

b. die Frauensperson, gleichsam als wenn sie die Schuldnerin des S. wäre, obgleich sie es nicht war — quasi debitrix delegata est — den P. auf sich hat anweisen lassen, damit unter dem Anscheine, als tilge solchergestalt die Frau eine eigene Verbindlichkeit, eine einzige, dem Senatusconsult nicht unterliegende Intercession zu Stande gebracht und also P. getäuscht werde. „Scilicet ut, si quasi debitrix delegata est, una sit intercessio. Sie war nämlich dem P. delegirt worden. Diess wäre keine Intercession gewesen, wenn sie, wie es scheinen sollte, Schuldnerin

des S. wäre. Eine Intercession hätte alsdann nur in Hinsicht auf des P. creditor stattgefunden, insoferne sie **ursprünglich** dem P. nichts schuldig war. Diese Intercession wäre aber gültig gewesen, weil sie mit der Zahlung immer nur die frühere Schuld würde getilgt haben.

Betrachten wir nun die Worte: Proinde etc. In Gemässheit dieser Unterscheidung und wenn der Fall unter b. eingetreten war („ubi in prima visione quasi debitrix delegata est"), die Frau als fingirte Schuldnerin sich hat delegiren lassen, dann hat sie gegen den Primus, und wenn sie weiter von diesem delegiret worden, gegen dessen Gläubiger die Exception nicht, und muss zahlen; allein S. soll durch diess Manöver nicht gewinnen. Von diesem fordert sie, wenn sie aus der Intercession gezahlt hat, Erstattung des Gezahlten, und wenn sie noch nichts gezahlt hat, Befreiung von der gegen P. und rücksichtlich gegen dessen Gläubiger übernommenen Verbindlichkeit. Denn P. ist getäuscht worden, als sich ihm die Frau als Schuldnerin anweisen liess, und solchergestalt auch in die Meinung versetzt ward, dass er sie wirksamer Weise auch anderweit anweisen könne.

§. 9.

Zu den Worten unter 6. f.): „Es fällt aber von den Voraussetzungen etc."

Wie in dem Titel*) mehrmals ausgesprochen ist, sollten Personen weiblichen Geschlechts gegen die nachtheiligen Folgen gutmüthiger, aber auch unbesonnener Entschliessungen sicher gestellt werden. Sie würden aber auf Kosten Anderer bevorrechtet werden, wenn der Gläubiger, ohne zu wissen, und ohne den Umständen nach voraussetzen zu können, dass das Geschäft eine Intercession sei, das Senatusconsultum gegen sich müsste gelten lassen, während Geschäfte, die der Wirkung nach Intercessionen von Frauen sind, sich in vielfachen, diess nicht erkennen lassenden Formen darstellen können. Darum hat **der** Gläubiger das Senatusconsultum gegen sich gelten zu lassen, welcher sich über den Zweck des Geschäfts nicht in Unkunde befunden. Dass gegen den Gläubiger,

*) Man vgl. l. 2. §. 3.
„Sed ita demum eis subvenit, si non callide sint versatae. Hoc enim Divus Pius et Severus rescripserunt; nam deceptis, non decipientibus, jura opitulatur. Et est et Graecum Severi tale rescriptum: *Ταῖς ἀπατώσαις γυναιξὶν τὸ δόγμα τῆς συγκλήτου βουλῆς οὐ βοηθεῖ.* Infirmitas enim mulierum, non calliditas auxilium meruit."

welcher davon ununterrichtet geblieben, das Senatusconsultum Vellejanum nicht geltend gemacht werden kann, diess beschränkt des Gesetzes, die Frauen bevorrechtende, Wirkungen um so weniger auf inconsequente Weise, als es in solchen Fällen deren eigenes Verschulden ist, wenn sie verabsäumt haben, den Gläubiger von der Bewandniss der Umstände zu unterrichten. Darum hat aber auch das Senatusconsult, des Gläubigers Unkunde ungeachtet, die ungeschmälerten Wirkungen in allen den Fällen, wo auch die intercedirende Frauensperson nicht gewusst hat, dass sie, ohne dazu gehalten zu sein, eine fremde Verbindlichkeit übernehme. Den Satz belegt, unter Aufstellung eines Beispiels, wie eine Frau intercediren kann, ohne es zu wissen,

„l. 23. Si mulier in jure interrogata, responderit, se heredem esse, si sciens, se heredem non esse, responderit, minime intercessisse videri, quia decepit, quod si existimavit se heredem, et eo nomine decepta responderit, in eam actionem quidem dari, plerique existimaverunt, sed exceptione Senatusonsulti adjuvari.“

Wer sich gerichtlich, aber ungegründeter Weise, als den Erben eines Nachlasses angiebt, der intercedirt, indem er sich gegen die Nachlassgläubiger für Schulden, die nicht die seinigen sind, ad causam passivam legitimirt. Wenn nun eine Frauensperson interrogata in jure sich gegen die Wahrheit als Erbin einer Verlassenschaft anerkennt, und diess irrigerweise thut, so hat sie gegen den Gläubiger exceptionem Senatusconsulti Vellejani.

Das Senatusconsult kommt also nur dann zur Anwendung, wenn der Kenntniss auf Seite der Frau, die Unkenntniss auf des Gläubigers Seite gegenübersteht.

§. 10.

Zu Num. 7. und 8.

Ueber Verabsäumung am Gebrauch des SCt. Vellej. und auf dasselbe zu leistende Verzicht.

Da das besondere Recht, welches das Senatusconsultum Vellejanum den Frauenspersonen gegen den klagenden Gläubiger einräumt, in einer Ausflucht besteht, und die Geltendmachung einer jeden Ausflucht an gewisse prozessrechtliche Fristen gebunden ist, so bedarf es keines weitern Beweises, dass in allen Fällen, wo eine Frauensperson intercedirt hat, unter Umständen, welche berechtigen, des Gläubigers Klage mit der exceptio Senatusconsulti Vellejani zu elidiren, sie das Senatusconsult nicht weiter geltend machen kann, dafern sie

die Ausflucht binnen der prozessrechtlichen Frist vorzuschüzzen unterlassen.

Die Vorschrift unter Num. 8. wird ganz einfach in l. 32. §. 4. bestätigt.

„Si mulier pro eo, pro quo intercessit, judicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest, cavere debebit, exceptione se non usuram et sic ad judicem ire."

Jene Vorschrift ist rationell. Eine Frau, welche gutmüthiger- aber auch leichtsinnigerweise für einen Andern intercedirt hat, wird ernsteren Betrachtungen Raum geben, wenn sie aus der Intercession belangt werden soll, und nunmehro die Frage, ob sie für den Andern zahlen oder nicht zahlen wolle, auf die Spitze gestellt sieht.

Hiermit ist zu verbinden l. 31.

„Paulus: Si mulier, quod ex intercessione solvit, nolit repetere, sed mandati agere et cavere velit de indemnitate reo, audienda est."

Wie es in die Wahl intercedirender Frauen gestellt ist, ob sie except. SCt. Vellejani gegen den klagenden Gläubiger gebrauchen wollen oder nicht, so ist es natürlich auch in ihre Wahl gegeben, ob sie das in Folge der Intercession *) Gezahlte zurückfordern wollen oder nicht. Wenn sie es nicht zurückfordern, so stellen sie damit sich einleuchtenderweise jedem andern Intercedirenden gleich, und sind also in einem solchen Falle auch berechtigt, gegen denjenigen zu regrediren, für welchen sie intercedirt haben.

Hinsichtlich der Cautionsleistung, von welcher l. cit. spricht, ist zu bemerken, dass die Römer die Wirkungen aller contractsmässigen Verhältnisse streng auf diejenigen Individuen beschränkten, unter denen die Uebereinkunft war getroffen worden. Nun setze man:

Die Frau A hatte für den T bei S intercedirt und dem S gezahlt. Jetzt regredirt sie an T. Dieser Regress hatte auf der A Verhältniss zum S keinen Einfluss. Von diesem, der vielleicht gar nicht erfuhr, dass die A nach der Zahlung an ihn von dem T gedeckt worden, hätte sie um nicht weniger das an ihn Gezahlte nach Maassgabe des Senatusconsulti Vellejani zurükfordern können, und S würde alsdann sich wieder an den T als seinen nicht liberirten Schuldner gehalten haben. Diess zu vermeiden, kann T im angegebenen

*) Hätten sie in Folge einer rei judicatae zu bezahlen, nachdem sie versäumt, die Ausflucht vorzuschützen, so wäre diese Wahl ausgeschlossen nach dem Obigen.

Falle von der A Sicherstellung verlangen, dass er von S nicht weiter werde belangt werden.

Darauf, dass eine Frau, nachdem sie intercedirt hat, sich des im Senatusconsulto Vellejano ihr eingeräumten Vorrechts entäussern kann, bezieht sich auch l. 8. §. 10.

„Si mulier post intercessionem sic solverit, ne repetere possit, juste prior debitor actionem recusat. Sed cum relevatur reus, si mulier sic solvit, ut repetere non possit, et cum ei mulieri, quae repetere non poterat, si solvisset, accepto tulit creditor, similiter relevatur reus."

Wenn die Frau, weil sie entweder an der Ausflucht sich versäumt, oder auf dieselbe in der bemerkten Maasse Verzicht geleistet, e re judicata zu zahlen schuldig geworden, so ist ihr Verhältniss ganz dasselbe, als wenn ein Mann und keine Frau intercedirt hätte, und darum fällt alsdann die Vorschrift unter Num. 5. hinweg. Und da es ferner für das Erlöschen des Schuldverhältnisses gleichgültig ist, ob die Schuld wirklich bezahlt oder für bezahlt ist angenommen worden, so wird die Vorschrift unter Num. 5. auch dann unanwendbar sein, wenn die intercedirende Frau sich an der Ausflucht versäumt oder derselben entsagt, und dann der Gläubiger ohne vorher erhaltene Zahlung dennoch die Schuld für berichtigt angeommen hat.

Anhang I.

Erörterung der in den vorhergegangenen §§. noch nicht citirten Stellen.

1) Da nicht die Römischen Senatusconsulte, als solche, für uns verbindend sind, sondern nur diejenigen Rechtssätze, welche, von juristischer Auslegung und Praxis aus denselben herausgebildet, uns in den Pandectenfragmenten aufbewahrt worden sind, so würde es eine, von dem Zwecke des vorliegenden Werkes ausgeschlossene Mühwaltung sein, die in III. aufgestellten Sätze einer Kritik insofern zu unterwerfen, als man die Frage thun könnte, ob jene Sätze durchaus für folgerecht begründete Ergebnisse des Senatusconsults dürfen angesehen werden, ob die Römischen Juristen nicht weit mehr aus dem Senatusconsulte heraus, oder vielmehr in dasselbe hinein gelesen haben, als darin zu finden. Man vergl. l. 2. §. 2.

„l. 1. pr. Vellejano Senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent.

„l. 2. pr. §. 1. Et primo quidem temporibus Divi Au-

gusti, mox deinde Claudii, Edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent."

„Postea factum est Senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est, cujus Senatusconsulti verba haec sunt: „quod Marcus Silanus et Vellejus Tutor, consules, verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt: quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis, pro quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur."

Ein Musterbild für heutige Gesetzgebungen kann das Senatusconsult wenigstens insoweit sein, als dessen Inhalt belegt, dass damit weniger neue, positivrechtliche Sätze geschaffen, als sanctionirt werden sollte, was schon früher sich in den practischen Verhältnissen als ein Rechtsbedürfniss ausgesprochen hatte („tametsi ante videtur jus ita dictum esse").

Wie dasjenige, was die Pandecten unter der Rubrik des Senatusconsults als Rechtssätze aufstellen, weit umfassender sei, als was das Senatusconsultum selbst enthält, legt sich von selbst dar.

Die Frage war bei Abfassung des Senatusconsults allerdings ganz allgemein darauf gestellt gewesen, was Rechtens sein solle in Hinsicht auf Verbindlichkeiten, welche Personen weiblichen Geschlechts für andere übernehmen („de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent"). Allein die Norm, welche das Senatusconsult giebt, beschränkt sich nur auf zwei der zahlreichen Verhältnisse, unter denen eine solche Uebernahme stattfindet, auf den Fall, wo Frauen Bürginnen werden, und auf den Fall, wo sie Geld borgen für Andere („mutui dationes pro aliis") und dafür als Schuldnerinnen gehalten sein wollen („mutui dationes pro aliis, pro quibus intercesserint")*). Was die Pandecten zu Lob und Empfehlung des Senatusconsults enthalten, ist von keinem ausgezeichneten Interesse.

„l. 1. §. 1. und 2. Nam sicut moribus civilia officia ademta sunt feminis, et pleraque ipso jure non valent, ita

*) Der Verfasser bekennt, dass er die Schwierigkeiten unbegreiflich findet, welche man in diesen Worten gefunden und für so bedeutend gehalten hat, dass man sich sogar berufen glaubte, Abänderungen des Textes in Vorschlag zu bringen. (Man vergl. *Glücks Erl. der Pandecten B.* 16. *Tit.* 1. §. 920. *S.* 437. *Not.* 6.)

multo magis adimendum eis fuit id officium, in quo non sola opera nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris."

„Aequum autem visum est, ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem, aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, actio daretur, magis enim ille, quam creditor, mulierem decepit."

„l. 2. §. 2. Verba itaque Senatusconsulti excutiamus, prius providentia amplissimi Ordinis laudata, qua opem tulit mulieribus, propter sexus imbecillitatem, multis hujuscemodi casibus suppositis atque objectis."

2) Wer dem Gläubiger Pfand für eines Andern Schuld bestellt, dessen Sache und somit er selbst haftet auf diese Weise für eine fremde Verbindlichkeit. Die Bemerkung, dass es ein ganz anderer Fall, und also keine Intercession sei, wenn der Gläubiger seinem Schuldner das von diesem ihm bestellte Pfand liberirt, ist so augenfälligst richtig, dass man kaum begreift, warum Julianus sich bewogen gefunden habe, diese Bemerkung aufzustellen. Man vergl. l. 8. pr.

„Quamvis pignoris datio intercessionem faciat, tamen Julianus lib. 12. Digestorum scribit: redhibitionem pignoris, si creditrix mulier rem, quam pignori acceperat, debitori liberaverit, non esse intercessionem."

3) „l. 8. §. 6. Sed si eum delegaverit, qui debitor ejus non fuit, fraus Senatusconsulto facta videbitur, et ideo exceptio datur."

Nach dem vorhergegangenen §. ist es keine Intercession, wenn eine Frauensperson ihren Schuldner zu Deckung einer fremden Schuld d e l e g i r t. Denn dieser Fall steht der Zahlung gleich. Unbenommen aber ist es den Frauen, fremde Verbindlichkeiten zu t i l g e n, und nur der E i n t r i t t in fremde Verbindlichkeiten ist unter das SCt. zu subsummiren. Gesetzt nun aber: Jemand, der nicht der Frau Schuldner ist, lässt sich von ihr, als wenn er ihr Schuldner wäre, delegiren, und die Parteien haben sich über diese Anordnung des Geschäfts gegenseitig verstanden, um das SCt. zu hinterziehen. Dann tritt das SCt. ein, und der Fall ist nach Num. 4. b.) zu beurtheilen.

4) l. 19. §. 2. enthält die weitere Bestätigung des in Verbindung mit Num. 1. erläuterten Satzes, dass nicht jedes Geschäft, wodurch man für eine fremde Schuld obligat wird, dem Senatusconsult unterliegt, sondern nur solches, das ein hierauf gerichtetes, mit dem Gläubiger eingegangenes Uebereinkommen enthält.

„In proposita specie et illud tractandum est: an is, qui

mandato mulieris adierit, si damnum ob id patiatur, quod debitores hereditarii solvendo non fuerint, Senatusconsulto locus sit, quasi quodammodo eorum obligationes mulier susceperit? Magis autem est, ut ne ob hanc quidem causam Senatusconsultum locum habeat, quando non ea mente fuerit, ut pro his intercederet, sed tutoris adversus pupillum, et ceteros forte creditores indemnem hereditatem praestaret."

Es ist keine Intercession, wenn ich den Erben eines Vormundes bestimme, auf meine Rechnung und Gefahr die Erbschaft anzutreten, indem ich ihm die Vertretung gegen den gewesenen Mündel und etwa vorhandene andere Nachlassgläubiger zusage.

5) „l. 24. §. 1. Sed si pecuniam promisit, ne delegetur, intercessisse videtur."

Wenn — man vergl. pr. l. cit. — eine Schuldnerin sich mit dem Schuldbetrage an ihres Gläubigers Gläubiger anweisen lässt, so ist es keine Intercession; wenn sie aber Geld verspricht, um nicht delegirt zu werden, dann soll diess Versprechen eine Intercession sein. Der Verfasser kann sich den Fall nur so denken: A ist dem B 100 Thlr. schuldig, und will die Titia, seine Schuldnerin delegiren. Diess zu vermeiden, und um in dem Schuldnexus zu A zu bleiben, verspricht sie die 100 Thlr. an B zu zahlen, und zwar ohne stattgefundene Delegation. Ein solcher Entschluss dürfte nur unter der seltsamsten Fügung der Umstände vorkommen. Dass alsdann aber eine Intercession vorliegt, bedarf keiner weitern Auseinandersetzung.

6) „l. 26. Si mulier intercedenti animo servum alienum suum esse responderit, quasi intercesserit, auxilio Senatusconsulti utetur. Plane si pro bona fide serviente sibi responderit, non videtur intercessisse."

Der Herr eines Sclaven wird unter gewissen Voraussezzungen für diesen verbindlich. Wenn nun eine Frau, um einem Sclaven Credit zu machen, vorgiebt, der Sclave sei der ihrige, so dürfte diess — das Fragment besagt nicht das Gegentheil — eine gültige Intercession sein, die Frau aber dann gehalten sein, für den Sclaven wirklich einzustehen und zwar propter dolum. Wenn sie diess von einem putativen Sclaven sagt, so kann sie wenigstens um des Wahrheitswidrigen der unverschuldet irrigen Angabe keine Verbindlichkeit treffen.

Anhang II.

Zu Lib. IV. tit. 29. Cod.

§. 1.

Stellen des Codex, welche nur die Anwendung der in III. aufgestellten Sätze enthalten.

Folgende Stellen des Codex stellen in Vergleich mit den, in dem gleichnamigen Titel der Pandecten enthaltenen durchaus nichts Neues.

„l. 1. Mulieribus quidem, quae alienam obligationem suscipiunt, vel in se transferunt, si id contrahentes non ignorent, Senatusconsulto subvenitur, sed si pro aliis, cum obligatae non essent, pecuniam exsolverint, intercessione cessante, repetitio nulla est.“

Die Anwendbarkeit des Senatusconsults setzt die Uebernahme einer Verbindlichkeit für einen Andern, nicht die ohne vorhergegangene, darauf gerichtete obligatorische Handlung für einen Andern erfolgte Zahlung voraus. (Man vgl. Num. 1. und die Erläuterungen dazu.)

Die Worte „si id contrahentes non ignorent“ beziehen sich auf diejenigen, welche mit Frauen contrahirt haben, nicht auf die contrahirenden, mittelst des Contractes eine Intercession übernehmenden Frauen selbst. Die Frauen bedienen sich des SCts., wenn diejenigen, bei denen sie intercedirt haben, bekannt damit gewesen, dass das Geschäft in der Intercession einer Frauensperson bestehe. M. vgl. Num. 6 a.) Dasselbe wäre gesagt, wenn die Stelle so lautete: „si id (cum mulieribus) contrahentes ignorent, Senatusconsulto non subvenitur.“

„l. 2. Frustra Senatusconsulti exceptione, quod de intercessionibus feminarum factum est, uti tentasti, quoniam principaliter ipsa debitrix fuisti. Ejus enim Senatusconsulti exceptio tunc meliori datur, cum principaliter ipsa nihil debet, sed pro alio debitore apud creditorem ejus intercessit. Sin autem pro creditore suo alii se obligaverit, vel ab eo se vel debitorem suum delegari se passa est, hujus Senatusconsulti auxilium non habet.“
bestätigt, was unter Num. 1. gesagt worden, dass die Absicht, eine fremde Verbindlichkeit zu übernehmen, das Entscheidende ist, welche Absicht in allen Fällen wegfällt, wo man eine fremde Schuld zu berichtigen übernimmt, um auf diese Weise eine eigne zu tilgen.

„l. 3. Si cum ipse mutuam pecuniam acciperes, mater tua, contra amplissimi ordinis consultum, fidem suam interposuit, exceptione se tueri potest.“

Diese Stelle bedarf keiner Bemerkung.

„l. 4. Senatusconsultum locum habet, sive eam obligationem, quae in alterius persona constitit, mulier in se transtulit vel participavit, sive cum alius pecuniam acciperet, ipsa se ab initio ream constituit; quod in rerum earum habitis pro aliis obligationibus admissum est. Sed si praedia tua annis major vigintiquinque vendidisti, et pro marito pecuniam solvisti, deficit auxilium Senatusconsulti.“

„Transtulit“ bezeichnet den Eintritt an eines fremden Schuldners Statt, und „participavit“ den Beitritt zu dessen Verbindlichkeit.

Die Worte: „quod in rerum earum habitis pro aliis obligationibus admissum est“ besagen: dass man den Fall einer Intercession auch dann annimmt, wenn die Frauen für Andere ihnen gehörige Gegenstände verpfänden. Die Worte „sed si praedia etc.“ wiederholen, dass Zahlung für einen Andern ohne vorhergegangene, darauf gerichtete, obligatorische Handlung dem Senatusconsulto nicht unterliegt.

„l. 5. Si sine voluntate tua res tuae a marito tuo pignori datae sunt, non tenentur. Quod si consensisti obligationi, sciente creditrice, auxilio Senatusconsulti uti potes. Quod si patientiam praestitisti, ut quasi suas res maritus obligaret, decipere voluisti mutuam pecuniam dantem, et ideo tibi non succurretur Senatusconsulto, quo infirmitati, non calliditati mulierum consultum est.“

Auch hier erfährt man nichts Neues. Wenn der Ehemann an seine Gläubigerin die Sachen der Frau hinter deren Rücken verpfändet, so begründet diess keine Verbindlichkeit, und wenn die Frau dazu eingewilliget hat, die Gläubigerin aber gewusst hat, dass die Frau Eigenthümerin der Pfänder sei, so bedient erstere sich des Senatusconsults. Sobald aber die Frau wissentlich zu der Verpfändung still geschwiegen, damit der Gläubiger getäuscht werden möchte, so muss sie die Verpfändung um ihrer Arglist willen gelten lassen. Wenn sie die Pfänder vindicirt, kann ihr der Gläubiger vorhalten, dass das Pfand mit ihrer Genehmigung sei bestellt worden. Replicirt sie mit dem Senatusconsulto Vellejano, so hat der Gläubiger duplicam doli. Man vgl. l. 18.

„Feminis alienas, vel veteres, vel novas obligationes aliqua ratione suscipientibus, subvenitur, nisi creditor aliqua ratione per mulierem deceptus sit, nam tunc replicatione doli Senatusconsulti exceptionem removeri, constitutum est.“

Ferner „l. 6. pr. Si mater cum filiorum suorum patrimonium gereret, tutoribus eorum securitatem promiserit et fidejussorem praestiterit, vel pignora dederit, quoniam quodammodo suum negotium gessisse videtur, Senatusconsulti auxilio neque ipsa, neque fidejussor ab ea praestitus, neque res ejus pignoratae adjuvantur.“

Wenn eine Frau die Vormünder des unmündigen Sohnes bestimmt, die Verwaltung des Mündelvermögens ihr zu überlassen, und dagegen denselben Sicherheit gegen Ansprüche zusagt, die aus ihrer Verwaltung wider die Vormünder möchten erhoben werden, so hat sie suum negotium gerirt, dem Schuldner Vertretung, nicht dem Gläubiger Sicherheit zugesagt, und also tritt das SCt. nicht ein.

Wenn sie (man vergl. §. 2. l. cit. „Si vero tutores petiit, et sponte periculum suscepit, quominus teneatur, auctoritas eam juris tenetur“) bittet, dass man gewisse Vormünder bestelle, für die sie zu haften verspricht, so tritt der entgegengesetzte Fall ein, und sie gebraucht das SCt.

Dagegen ist dem Verfasser §. 1. l. cit. unverständlich.

„Sin autem tutore se excusare volente, ipsa se interposuit, indemnitatem ei repromittens, auxilio SCti. uti minime prohibetur.“

Ein Vormund wollte sich excusiren, unterzog sich aber der Vormundschaft, weil die Mutter des Mündels ihn zu vertreten versprach, gegen alle Ansprüche aus der vormundschaftlichen Verwaltung. Hier soll sie des SCti. sich bedienen können, obschon der Fall ganz gleich dem in dem pr. ist, dem Schuldner Schadloshaltung, nicht dem Gläubiger Sicherheit zugesagt worden ist. Das „minime“ am Schlusse der Stelle ist dem Verfasser verdächtig, um so mehr, als im §. 2. die Worte: „si vero“ einen entgegengesetzten Fall ankündigen. Wenn wir aber das minime nicht streichen, enthält §. 2. eine der in §. 1. gegebenen, durchaus gleichmässige Entscheidung.

„l. 7. Si sciens creditor a marito propter proprium debitum obligari fundum mulieris, licet ea consentiente, eum pignori accepit, propter Senatusconsulti auxilium vendendo eum dominium mulieri auferre nequivit, nec tibi necesse est, praestito pretio emptori vindicare, si matri heres exstitisti.“

Die Bestätigung von Num. 2. b. β.)

„l. 9. Quamvis mulier pro alio solvere possit, tamen, si praecedente obligatione, quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, ejus Senatusconsulti beneficio munitam se ignorans, locum habet repetitio.“
bestätigt, dass Zahlen für einen Andern nicht dem Interce-

diren für einen Andern gleich steht. Es steht aber diese Stelle mit den Pandectenstellen in Widerspruch. Diese gaben den intercedirenden Frauen Zurückforderungsrecht unbedingt, ohne die Entscheidung von Erörterung der Frage abhängig zu machen, ob die zahlende Frau mit dem Inhalte des Senatusconsults bekannt gewesen sei oder nicht. Wozu könnte auch die Bestimmung führen, dass die Frau die Zahlung nur ex ignorantia juris zurücknehmen könne. Von demjenigen, welcher zahlt, was er zu zahlen nicht schuldig ist, muss man voraussetzen, er sei unbekannt damit gewesen, dass er nicht zu zahlen brauche; und wenn die Frau die Unkunde als causam agendi beweisen müsste, so würde man ihr den Beweis einer unendlichen Negative auferlegen. Es scheint, man hat die Stelle so zu verstehen, dass derjenige, welcher die Zahlung empfangen, die Anwendbarkeit des SCt. elidiren kann, wenn er vermag darzuthun, dass die Zahlung nach Num. 8. in Folge einer damit zugleich ausgesprochenen Verzichtleistung auf das Senatusconsult erfolgt sei.

„l. 10. Si adversarius tuus non cum marito tuo, sed tecum negotium gessit, reliqua conductionis, quae dicis esse contracta, obtentu hujusmodi obligationum non potes recusare. Enimvero si, cum eosdem fundos non tibi, sed marito tuo locaret, personam tuam ut idoneam secutus est, beneficio amplissimi ordinis, quod factum est de intercessionibus feminarum, te tueri potes.“

ist nur die Wiederholung bekannter Sätze. Wenn der Gläubiger nicht gewusst hat, dass die Frau nur den Namen für den Mann hergiebt, so kann sie jenem das Senatusconsult nicht entgegensetzen, und sie kann es, wenn der Gläubiger mit der Frau contrahirt hat, um einen sicherern Schuldner zu erhalten, als ihm der Mann schien.

Dass der Fall in l. 11. nicht zu den Intercessionen zu rechnen sei, sieht jeder von selbst ein.

„Etiam constante matrimonio jus hypothecarum seu pignorum marito remitti posse, explorati juris est.“

„l. 12. Si dotare filiam volens, genero res tuas obligasti, pertinere ad te beneficium Senatusconsulti falso putas; hanc enim causam ab eo beneficio esse removendam, prudentes viri putaverunt.“

Hier hat die Frau keine fremde, schon vorhandene Verbindlichkeit übernommen, sondern nur eine eigene, erst mit dem Geschäfte selbst in das Leben tretende.

„l. 13. Si foenebris pecunia juxta fidem veri a creditore tibi data est, sive tota quantitas foenoris, sive pars ejus in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adjuvaris, licet creditor causam contractus non ignoraverit.“

Diese Stelle kann Schwierigkeiten erregen. Hier steht: sobald nur das dargeliehene Geld an die Frau als Erborgerin wirklich gezahlt worden ist, so mag die Verwendung ganz oder zum Theil in des Mannes Gute erfolgt sein; die Frau kann alsdann nicht das Senatusconsult gegen den Gläubiger anziehen, wenn diesem auch nicht unbekannt sollte geblieben sein, dass sie das Geld zu diesem Zwecke erborge. Es ist zu bemerken, dass eine Frau in hundert Fällen Geld borgen und es zum Nutzen des Mannes verwenden kann, ohne dass damit die Intercession, Eintritt mit der Frauen Credit für den des Mannes, beabsichtigt wird. Z. B. eine Frau borgt Geld, um zu Erhaltung und Cultur der ihr für die Mitgift haftenden ehemännlichen Grundstücke zweckmässige Verwendungen zu machen.

„l. 14. Mulierem contra Senatusconsulti Vellejani auctoritatem non posse intercedere, eademque exceptione fidejussorem ejus uti posse, juris auctoritas probat. Unde si mater tua marito quondam suo heres non exstitit, satis idoneae exceptionis remedio tuta est."

Die Stelle bestätigt, dass auch den Bürgen der intercedirenden Frauen das Senatusconsultum zu statten kommt. *) Allein es fragt sich, wie hat man sich den Fall zu denken, der hier nach diesem Grundsatze entschieden wird? An die Tochter einer Mutter wird rescribirt: Wenn deine Mutter nicht die Erbin ihres Mannes geworden, so steht ihr das Senatusconsultum zur Seite, weil nicht nur den intercedirenden Frauen, sondern auch denjenigen, die sich für sie verbürgt, dasselbe zu statten kommt. Diese ratio decidendi passt nur alsdann, wenn die Tochter für den Vater intercedirt und dann die Mutter sich für die Tochter verbürgt hatte, und nun die Mutter aus dieser Bürgschaft in Anspruch genommen ward. Wäre aber die Mutter des Mannes Erbin geworden, so hätte die Verbindlichkeit sie nicht als Bürgin für die Tochter, sondern als Erbin des Hauptschuldners getroffen.

„l. 16. Si mulier alienam suscepit obligationem, cum ei per exceptionem Vellejani Senatusconsulti succurratur, creditori contra priores debitores rescissoria actio datur."

In Vergleich mit den zu Num. 5. citirten Pandectenstellen höchst entbehrlich.

„l. 17. Si, cum pater vester a Callistrato mutuam sumsisset pecuniam, velut hanc ejus uxor accepisset, instrumentum conscriptum est, nec ad exceptionis tractatum ex Sena-

*) Ebenso l. 15. „Si uxor pro marito contra Senatusconsultum intercessura, te rogavit mandatario nomine, ut pro ea tuam fidem obstringeres, initio contractus per exceptionis auxilium obligationi tuae adhaesit securitas, qua conventus defendi potes."

tusconsulto venientem pervenire necesse est, cum eam veritatis substantia constituta potius quam simulata gesta tueatur.“

Callistratus hatte einem Ehemanne Geld geborgt. Das desshalb niedergeschriebene Document war aber gegen die Wahrheit so abgefasst worden, dass es den Anschein hatte, als sei das Geld intercessionsweise von der Frau erborgt worden. Hier brauchte diese sich nicht mit dem Senatusconsulto Vellejano, nicht mit den simulatis gestis zu schützen, mit den Rechtsätzen über die Intercession, die im vorliegenden Falle nur fingirt war, sondern die darliegende Wahrheit, dass sie an dem Geschäfte keinen Theil genommen (veritatis substantia constituta), reicht schon aus, sie sicher zu stellen.

„l. 19. Cum ad eas etiam obligationes, quae ex mulieris persona calliditate creditoris sumserunt primordium, decretum patrum, quod de intercessione feminarum factum est, pertinere edicto perpetuo declaratur, si tamen creditor, qui contrahere cum alio proposuerat, mulieris personam elegit, exceptione contra petitores secundum ea, quae asseveras, defendi potes.“

Das Senatusconsultum bezog sich dem wörtlichen Inhalte nach nur auf den Fall, wo Frauen Bürgschaft leisten, oder für Anderer Rechnung Geld auf ihren Namen erborgen. Die vorliegende Stelle bemerkt: im Edicte werde das Senatusconsultum dahin erläutert, dass es Anwendung auch in den Fällen erleiden solle, wo der Gläubiger, um eine Frau zur Schuldnerin zu erhalten, das Geschäft, das er zum Besten eines andern Schuldners eingehen wollte, so geleitet hat, dass nur die Frau gleich vom Anfange an als alleinige Schuldnerin dastand. Weiter setzt die Stelle hinzu: allein auch dann sei das Senatusconsultum in Anwendung zu bringen, wenn dem Gläubiger kein solches ausgesuchtes Verfahren zur Last fällt, sondern er mit dem Schuldner contrahiren wollte, dann aber es vorzog, statt dessen zur Schuldnerin eine Frau zu bekommen, welche ihm diese Wahl gab, ohne dass der Gläubiger sie herbeigeführt hatte.

l. 20. besagt, dass auch den Erben intercedirender Frauen die Exceptio Senatusconsulti Vellejani zu statten komme.

„Heredes quoque mulieris adversus creditores eadem exceptione, quae ex Senatusconsulto introducta est, uti posse non dubium est.

§. 2.

Abänderungen des Pandectenrechts.

Der Codex enthält folgende Abänderungen des Pandectenrechts:

1) (zu Num. 4.) Das Senatusconsultum kommt nicht nur

den intercedirenden Frauen, sondern auch denjenigen zu statten, welche anderweit für dieselben intercedirt haben. Daraus würde folgen:

„dass, wenn des Schuldners A Tochter für ihn expromittiren und A zur Sicherstellung des Gläubigers Pfand für die Expromittentin stellt, das Pfand in Folge des Senatusconsulti Vellejani nicht verhaftet sei.“

l. 8. *) entscheidet aber dahin, dass unter solchen Umständen die von A bestellten Pfänder sollen gehalten sein. Der Fall und die Entscheidung sind, allgemein gefasst, so auszusprechen:

Wenn der gegen Intercession einer Frauensperson liberirte Schuldner für die von der Frauensperson übernommene Verbindlichkeit Pfänder bestellt, so unterliegt diese Verpfändung dem Senatusconsulto Vellejano nicht.

2) Mehrmals ist in dem Vorhergegangenen erwähnt worden, dass es für eine Intercession zu erachten sei, wenn eine Frauensperson zu eines andern Gläubigers, und damit dieser ein sicherndes Unterpfand erhalte, auf eine ihr constituirte Pfandgerechtigkeit Verzicht leistet.

Das Gegentheil hat der Kaiser Anastasius mit vieler Weitschweifigkeit verordnet in l. 21. **)

Die Worte „ita tamen, ut, et si generaliter praetendentibus eam opponendi licentia praebeatur“ besagen, dass eine solche Verzichtleistung, in wie allgemeinen Aus-

*) „Si paternam obligationem non tantum masculini sexus filii, verum etiam filiae emancipatae in se receperunt, quamvis filiae virilibus obligationibus eximantur, propter exceptionem, quae ex Senatusconsulto Vellejano descendit, tamen filios in id, quod se obligaverunt, teneri, filiarumque subducta persona patrem in id conveniri posse, in quo conveniretur, si filiae non intercessissent, dubium non est. Pignora tamen patris, etsi in posteriorem obligationem accepta sunt, sine dubio tenentur. Sed et si in priore fuerint obligatione, quatenus ad patrem per restitutoriam actionem redit, eatenus tenebuntur.“

**) „Jubemus, licere mulieribus et pro uno contractu vel certis contractibus, seu pro una vel certis personis seu rebus juri hypothecarum sibi competenti per consensum proprium renunciare, quodque ita gestum sit, hac auctoritate nostra firmum illibatumque custodiri, ita tamen, ut et si generaliter tali renunciatione pro uno, ut dictum est, contractu seu certis contractibus, vel ad unam, vel ad certas res seu personas consensum proprium accommodantes usae sunt vel fuerint, eadem renunciatio ad illos contractus, et illas res seu personas, quibus consensum suum proprium accommodaverunt vel accommodaverint, coarctetur, nec aliis quibusdam contractibus, quibus minime mulieres consenserunt vel consenserint, praetendentibus eam opponendi licentia praebeatur. His scilicet omnibus, quae in praesenti per hanc consultissimam legem statuimus, ad praeteritos nihilominus contractus, pro negotiis et controversiis necdum transactionibus, vel definitivis sententiis, seu alio legitimo modo sopitis, locum habituris.“

drücken sie auch immer gefasst worden, doch nur von dem Gläubiger geltend gemacht werden dürfe, zu dessen Vortheil erweislich die Verzichtleistung erfolgt ist. Die Schlussworte, von „his scilicet omnibus" an, schreiben die Anwendbarkeit des Gesetzes hinsichtlich aller Geschäfte und Streitigkeiten vor, welche bis zum Erscheinen desselben noch nicht durch Vergleich oder Urthel anders waren normirt worden.

3) Mit nicht minderer Weitschweifigkeit (man vgl. No. 8.) verordnet Justinian, dass, wenn eine Frau, nachdem zwei Jahre, von der Zeit bewirkter Intercession an gerechnet, abgelaufen, dieselbe besonders mittelst schriftlichen Bekenntnisses, Bestellung von Pfand oder Bürgen, oder, indem sie irgend eine andere Art von Intercession für sich eintreten lässt, bestätiget, alsdann das Senatusconsultum seine Anwendbarkeit verlieren soll. l. 22. *)

4) l. 23. bestimmt ebenfalls ein Verhältniss, in welchem die Anwendbarkeit des Senatusconsults hinwegfallen soll, und verbindet damit noch zwei andere Vorschriften.

§. 2. **) wird am schicklichsten zuerst genommen.

Die Frage: ob die Intercession einer Frauensperson dem Senatusconsulto Vellejano unterliege oder nicht, soll gar nicht in Anregung gebracht, das Geschäft, welches dazu anregt, als gar nicht erfolgt betrachtet werden, wenn darüber nicht ein öffentliches, von drei Zeugen mitvollzogenes Document ist aufgenommen worden.

Pr. ***) Wenn eine Frau in dieser Form intercedirt hat,

*) „Si mulier, perfectae aetatis constituta, post intercessionem vel cautionem conscripserit, vel pignus aut intercessorem praestiterit, sancimus, antiqua legum varietate cessante, si quidem intra biennale juge tempus post priorem cautionem numerandum pro eadem causa fecerit cautionem, vel pignus aut intercessorem dederit, nihil sibi praejudicare, quod adhuc ex consequentia suae fragilitatis in secundam jacturam inciderit. Sin autem post biennium hoc fecerit, sibi imputet, si quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit; videtur etenim ex hujusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere, et tam ex secunda cautione sese obnoxium facere, in quantum hoc fecit, quam pignus aut intercessorem utiliter dare."

**) „Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus, non aliter eas in tali contractu posse pro aliis sese obligare, nisi instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato accipiant homines a muliere pro aliis confessionem; tunc etenim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem extra eandem observationem mulieres acceperint intercedentes, pro nihilo habeatur hujusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta nec penitus scripta, ut nec Senatusconsulti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto."

***) „Antiquae jurisdictionis retia et difficillimos nodos resolventes, et supervacuas distinctiones exsulare cupientes sancimus, mulierem, si intercesserit,

und also die Frage entstehen kann, ob das Senatusconsultum Vellejanum bei Beurtheilung des Geschäftes in Betracht kommen könne, soll jenes Gesetz nicht angewendet werden.

§. 1. *) Wenn ein Schuldner eine Frauensperson als Expromittentin gestellt, und ihr, damit sie die Expromission leiste, dafür etwas gegeben hat, fällt die except. SCti. Vellej. hinweg; dafern aber die Frau völlig, oder doch zum Theil zahlungsunfähig ist, dann hat der Gläubiger das Recht, den gewesenen Schuldner auf denjenigen Betrag zu belangen, welchen er von der zahlungsunfähigen Frau nicht zu erlangen vermocht.

5) l. 24. **) Das Senatusconsultum Vellejanum wird nicht angewendet, wenn die Intercession einer Frau für die Freilassung eines fremden Sclaven erfolgt ist.

l. 25. ***) — ebenfalls von Justinian, — passt gar nicht

sive ab initio, sive postea aliquid accipiens, ut sese interponat, omnimodo teneri, et non posse Senatusconsulti Vellejani uti auxilio, sive sine scriptis, sive per scripturam sese interposuerit. Sed si quidem in ipso instrumento intercessionis dixerit, sese aliquid accepisse, et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur, et a tribus testibus consignatum, omnimodo esse credendum, eam pecunias vel res accepisse, et non esse ei ad Senatusconsulti Vellejani auxilium regressum. Sin autem sine scriptis intercesserit, vel instrumento non sic confecto, tunc, si possit stipulator ostendere, eam accepisse pecunias vel res, et sic subiisse obligationem, repelli eam a Senatusconsulti juvamine. Sin vero hoc minime fuerit ab eo approbatum, tunc mulieri superesse auxilium, et antiquam actionem adversus eum servari, pro quo mulier intercessit, vel ei actionem parari."

*) „Sed si minus idoneae mulieri constitutae aliquis pecunias vel res dederit, ut pro eo sese obligaret, mulieri quidem, quae revera haec accepit, nullus pateat aditus ad Senatusconsulti auctoritatem, creditori autem liceat adversus eam venire, et quod potest ab ea exigere, et in reliquum antiquum creditorem aggredi, vel in partem, si aliquid a muliere possit accipere, vel in totum, si ea penitus inopia fatigetur."

**) „Veterum ambiguitatem decidentes sancimus, si quis, ut servo suo manumissionem imponat, mulierem acceperit obnoxiam sese pro certa quantitate facientem, si in libertatem servum perduxerit, sive principaliter mulier se obligaverit, sive pro servo hoc fecit, teneri eam, recte omnimodo Senatusconsultum Vellejanum in hoc casu tacere imperantes. Satis etenim acerbum est, et pietatis rationi contrarium, dominum servi, qui credidit mulieri, sive soli, sive post servi promissionem, et libertatem servo imponere, et suum famulum perdere, et ea minime accipere, quibus fretus ad hujusmodi venit liberalitatem."

***) „Generaliter sancimus, ut, si quis major viginti quinque annis, sive masculus sive femina, dotem pollicitus sit vel spoponderit pro qualibet muliere, cum qua matrimonium licitum est, omnimodo compellatur suam confessionem adimplere. Neque enim ferendum est, quasi fortuito interveniente mulierem fieri indotatam, et sic a viro forsitan repelli, et distrahi matrimonium. Cum enim scimus, favore dotium et antiquos juris conditores severitatem legis saepius mollire, merito et nos ad hujusmodi venimus sanctionem. Nam si spontanea voluntate ab initio liberalitatem suam ostendit, necesse est, eum vel eam suis promissionibus satisfacere, ut, quod ab initio

hieher. Wenn eine Frau für eine andere, die sich verheirathen will, eine Mitgift verspricht und also eine Liberalität ausübt, (liberalitatem suam ostendit), so macht sie keine fremde Verbindlichkeit zu ihrer eignen, sondern sie begründet eine völlig neue in ihrer Person.

Anhang III.

Zusätze aus den Novellen.

Dass nach Novelle 118. Cap. 5. Mütter und Grossmütter Vormünderinnen werden können, vorausgesetzt, dass sie nicht nur der zweiten Heirath, sondern auch dem SCt. Vellejano entsagen, diess gehört in das Vormundschaftsrecht. Wohl aber ist hier zu bemerken Novelle 134. Cap. 8., nach welcher, obschon Justinian ausnahmsweise von Frauenspersonen bewirkte Intercessionen aufrecht wollte erhalten wissen, dennoch der Eheweiber Intercessionen für die Ehemänner schlechterdings ungültig und wirkungslos sein sollen, insofern nicht der vollständige Beweis sich sollte führen lassen, dass die von dem Ehemanne contrahirte Schuld in den Nutzen der Ehefrau verwendet worden. *)

sponte scriptum aut in pollicitationem deductum est, hoc ab invitis postea compleatur, omni auctoritate Vellejani Senatusconsulti in hac causa cessante."

*) Die jetzt behandelte Abtheilung des Werkes verstattet keine vergleichenden Bemerkungen in Hinsicht auf die Franz. und Oestr. Gesetzgebung. Nach ersterer kann Bürge werden, ein Jeder, der überhaupt sich zu verpflichten berechtigt ist. Somit ist das SCt. Vellejan. stillschweigend aufgehoben. (M. vrgl. *Zachariä Handb. des Franz. Civilrechts Bd. II. pag.* 442. §. 360. *und Not.* 1.) Dasselbe gilt von dem Oestreich. Gesetzbuche nach Th. III. Hauptstück 1. §. 1349.

Was aus dem Preuss. Landrechte hier zu bemerken ist, (Th. 1. Tit. 14. §. 221. — 244.) lässt sich auf Folgendes zusammendrängen.

§. 221. — 230. bestimmt, auf welche Weise Bürgschaft leistende Frauen (daferne sie nicht — Anh. §. 48. — zu Protocolle erklärt haben, mit den rechtlichen Folgen übernommener Bürgschaften bekannt zu sein), darüber vor Gericht, und zwar (§. 238.) in jedem Falle, wo sie Bürgschaft leisten, zu belehren sind. Die Verabsäumung der darüber gegebenen Vorschriften macht den Richter gegen den Berechtigten für allen daraus entstehenden Schaden vertretungspflichtig, indem eine solche Verabsäumung der Bürgschaft alle rechtliche Wirkungen benimmt, selbst wenn dieselbe (§. 244.) ohne Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften sollte wiederholt worden sein; was jedoch (§. 243.) nicht so weit zu erstrecken, dass zurückgefordert werden dürfte, was aus einer unkräftigen Bürgschaft gezahlt worden.

Jene Belehrung muss bei allen Geschäften erfolgen, wo Frauenspersonen für den Fall, dass ein Anderer seine Verbindlichkeiten nicht erfüllen sollte, zu Gunsten des Berechtigten gewisse Nachtheile übernehmen, oder gewissen

Vortheilen entsagen. Diess gilt auch (§. 307.) von der Entsagung auf den Einwand, dass zunächst der Hauptschuldner zu belangen sei, nicht aber (§. 231.) von der gänzlichen Verzichtleistung auf ein zustehendes Recht. Und da, wenn eine Manns- und eine Frauensperson sich in einem und demselben Instrumente als Selbstschuldner oder Mitschuldner verpflichtet haben (art. 233. u. 234.), die gesetzliche Vermuthung dafür streitet, dass die Mannsperson Hauptschuldner, die Frauensperson aber nur Bürge sei, so sind die nämlichen Verwarnungen erforderlich, daferne die Frauensperson auf jene Vermuthung verzichten will.

Der Einwand, dass die erforderliche Verwarnung unterblieben, kommt der Bürgin und ihren Erben, nicht aber dem Nachbürgen der erstern (§. 256. 234. u. 235.), gegen den Berechtigten zu statten, ohne dass der Erben oder des Berechtigten persönliche Eigenschaften hierbei einen Unterschied machen.

Beerbung des Hauptschuldners, oder der Frauensperson letztwillige, auf Bezahlung der verbürgten Schuld gerichtete Verordnung bewirkt, dass im ersteren Falle die Frau als Erbin verbunden, im letzteren (§. 236. u. 237.) die Schuld als Vermächtniss angesehen wird.

Insoweit (§. 240 — 242.) die Bürgin für die übernommene Verbindlichkeit gedeckt worden, (was nur der Fall ist, wenn sie, einer Schätzung nach Geld fähige, Belohnungen und Vortheile, zu denen sie ausserdem kein Recht gehabt hätte, wirklich erhalten) wird sie, selbst wenn ein späteres Ereigniss diese Deckung vereitelt haben sollte, aus der Bürgschaft verbunden, auch dann, wenn die gesetzlichen Verwarnungen unterblieben wären.

Diess alles gilt von den Bürgschaften unverheiratheter und verwittweter Frauenspersonen. Inwieferne Ehefrauen für ihre Ehemänner oder für Andere können verbunden werden (Th. 2. Tit. 1. Abschn. 5.), bleibt füglich hier unberührt. Schicklicher findet es seine Stelle da, wo von den Wirkungen der Ehe in Hinsicht auf den Gatten und insonderheit der Ehefrauen Vermögensrechte und Dispositionsfähigkeit zu sprechen ist. Ueber die Bürgschaften auf eigene Rechnung handeltreibender Frauenspersonen, im Kaufmannsrechte Th. 2. Tit. 8. Abschn. 7.

IV.

Die institoria actio und exercitoria actio.

(Lb. XIV. tit. 1. und 3.)

1) Wer zu einer Vermögensverwaltung, Betreibung eines Gewerbes oder einer bei Betreibung eines solchen erforderlichen Gattung von Geschäften für eines Andern Rechnung bestellt ist, heisst Institor.

1) b. Was über des Institor, dessen der ihn bestellt hat (des Praeponenten), und dritter Personen gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten vorgeschrieben ist, das gilt, insoweit nicht besondere Ausnahmen stattfinden, auch von des Schiffsherrn (Exercitor navis), des Schiffsführers, (Capitains, Magister navis), und dritter Personen gegenseitigen Rechtsverhältnissen.

1) c. Wer selbst einen Antheil an dem Schiffe hat, das er führt, ist um nichts weniger auch zugleich Magister navis, wenn er zu den übrigen Antheilen von den andern Schiffsherren als solcher ist bestellt worden.

2) In allen Fällen, wo der Institor Contracte abgeschlossen hat, deren Zweck unmittelbar oder mittelbar in der ihm übertragenen Geschäftsführung liegt und keine der weiter unten folgenden Vorschriften entgegensteht, ist derjenige, der ihn

bestellt hat, dem Mitcontrahenten des Institors und dem, der für letzteren Sicherheit geleistet hat, eben so verbunden, als wenn er selbst contrahirt hätte.

2) b. Wenn der Schiffsführer an seiner Stelle einen andern Schiffsführer bestellt, so wird der Schiffsherr ebensowohl aus des letzteren Contracten verbindlich, als er es aus den Contracten des ersteren geworden wäre.

3) Damit aber die, in dem Satze unter 2) bemerkte, Verbindlichkeit des Praeponenten eintrete, wird überdiess erfordert:

a. dass der Institor, als Bewegungsgrund den Contract einzugehen, das ihm übertragene Geschäft angegeben habe, daferne nämlich die übernommene Verbindlichkeit nur mittelbar von dem Zwecke der Praeposition bedingt ist.

b. Keine Verbindlichkeit des Praeponenten aber findet statt, wenn dem Institor gegen den Praeponenten bei Eingehung des Contractes bewiesene Arglist oder grobes Verschulden zur Last fällt und der Mitcontrahent darum gewusst hat, oder letzterem doch, dass er es nicht gewusst, als ein Verschulden zur Last fällt.

4) Der Gläubiger hat zu beweisen, dass der Institor durch seine Anstellung ermächtigt gewesen sei, Geschäfte in solcher Gattung und in solcher Maasse zu schliessen, wie dasjenige ist, aus welchem er klagt.

5) Dieser Beweis wird für vollführt geachtet in den Fällen, wo der Kläger darzuthun vermöcht:

a. dass der Beklagte für eine gewisse Gattung von Geschäften ein besonderes Geschäftslocal eröffnet,

b. dass das Geschäft, aus welchem er klagt, ein solches Geschäft, wie diejenigen sei, für welche das Local eröffnet worden,

c. dass er das Geschäft mit einer in diesem Locale von Beklagten angestellten Person geschlossen.

6) Insoweit der Herr des Geschäftes vermeiden will, auf diese Weise durch sein Dienstpersonale verpflichtet zu werden, hat er diess mittelst bequem lesbarer, in der Sprache des Ortes abgefasster, und also, dass sie einem Jeden, der das Geschäftslocal betritt, in die Augen fällt, aushängender Bekanntmachung öffentlich anzuzeigen.

7) Gegen den Inhalt eines solchen Anschlages geschlossene Contracte sind bindend für den Herrn des Geschäftes nur dann, wenn der Kläger darzuthun vermag, dass, als er das Geschäft abgeschlossen, die Bekanntmachung entweder gar nicht, oder doch in unleserlichem Zustande ausgehangen.

8) Dagegen wird es nicht beachtet, wenn der Kläger nicht lesen zu können behauptet.

9) Der institorischen Klage kann der Beklagte die Ausflucht entgegenstellen, dass dem Kläger für seine Person sei untersagt gewesen, mit dem Institor zu contrahiren; welcher Ausflucht weiter die Replik der in des Beklagten Vermögen stattgefundenen Verwendung kann entgegengestellt werden.

10) Contracte, die des Schiffes Bemannung und Erhaltung, oder Herstellung in fahrbaren Stand zum Zweck haben, schliesst der Schiffsführer verbindend für den Schiffsherrn; andere

Contracte nur insoferne, als er dazu durch seine Anstellung ermächtiget ist.

11) Wer, selbst ein Gewerbe betreibend, dabei sich eines Gehülfen bedient, haftet für Veruntreuungen und Beschädigungen, welche der Gehülfe gegen Sachen oder Personen verschuldet, die Ersterem in Folge seines Gewerbes sind anvertraut worden.

12) Wenn der Gewerbtreibende, als solcher, eines Andern Institor ist, so ist für solche, von dessen Gehülfen sich zu Schulden gebrachte Veruntreuungen und Beschädigungen der Praeponent gehalten.

13) Der Praeponent hat aus des Institors Contracten mit dritten Personen ein Klagerecht gegen diese nur dann, wenn ihm ausserdem die Forderung würde verloren gehen.

14) Des Institors, so wie des Schiffsführers Mitcontrahenten können zwar beliebig den Praeponenten (diesen, insoweit er für seine Person verbindlich sein kann), oder den Institor und rücksichtlich den Schiffsführer belangen, den Institor jedoch, daferne nicht ein anderes verabredet worden, nur insoweit das Geschäft die ausreichenden Mittel zur Zahlung bietet.

15) Der Institor steht zu dem Praeponenten in dem Verhältnisse des Mandatars zu dem Mandanten.

16) Der Praeponent, in dessen Geschäfte mehr als ein Institor angestellt ist, wird durch Contracte, die mit einem einzigen seiner Institoren abgeschlossen worden, ebensowohl verbunden, als durch solche, an deren Abschluss sämmtliche Institoren Theil genommen haben, insofern nämlich der Präponent nicht, wie ihm zu thun unbenommen, et-

was Anderes in der Anstellung der Institoren vorgeschrieben hat.

17) Die institorische Klage darf gegen mehrere Praeponenten solidarisch gerichtet werden. Was der Beklagte gezahlt hat, dessen Erstattung fordert er von den Mitpraeponenten in Verhältniss ihrer Geschäftsantheile.

18) Die Anstellung des Institor erlischt mit des Praeponenten Tode.

Für erneuert wird dieselbe angesehen, wenn nach Antritt der Erbschaft der Erbe den Institor die Geschäftsführung fortsetzen lässt.

In der Zeit von des Erblassers Tode bis zu dem Antritte der Erbschaft mit dem Institor geschlossene Geschäfte, begründen die institorische Klage gegen den Erben für diejenigen Mitcontrahenten des Institor, die von des Praeponenten Ableben keine Kenntniss gehabt haben.

Erläuterungen.

§. 1.

Vorbemerkungen.

Die actio institoria ist vorangestellt worden, obschon in den Pandecten die umgekehrte Reihenfolge stattfindet.

Man hat diess gethan, weil die Lehre von der actio institoria ein unter unzählig verschiedenen Formen vorkommendes Verhältniss betrifft, zu dem auch des Schiffsherrn, des Capitains und mit diesem contrahirender dritter Personen Beziehungen, sich wie die Species zum Genus verhalten. Zugleich — dasselbe ist in dem Justinianeischen Codex geschehen — sind beide Lehren verbunden worden. Indem man solchergestalt eine durch die andere zu erläutern, und zu vervollständigen hatte, ist man — die Belege dazu weiter unten — zu Werke gegangen, wie die alten Juristen in den angezogenen Titeln der Pandecten.

Dass jene Lehren in so nahem Zusammenhange mit dem Mandate behandelt werden, diess bedarf wohl keiner besonderen Rechtfertigung; denn man bemerkt, wie der institor und der magister navis sich als Gattungsbegriffe dem Manda-

tar als generellem unterstellen lassen. Die lateinischen Namen actio instit. und exerc. hat man beibehalten, weil man den Namen Institor beibehalten musste, der im Lateinischen so umfassend ist, dass man dafür keinen gleich weit umfassenden im Deutschen findet. Wer für Rechnung eines Andern ein Wechselgeschäft treibt, oder den Saumthiertreiber macht, oder Kleider ausbessert, Einer wie der Andere heisst Institor. Im Deutschen vermögen wir nicht, für eines Andern Rechnung so ganz verschieden beschäftigte Personen mit einem und demselben Namen zu bezeichnen.

§. 2.

Gründe, aus welchen man die Bestimmung des Begriffes so gegeben, wie in Num. 1. geschehen.

Man hat zwischen „Vermögensverwaltung, Betreibung eines Gewerbes und einer bei einem Gewerbe erforderlichen Gattung von Geschäften" unterschieden.

Der insularius z. B. (d. i. ein Hausmann, der für eines Hausbesitzers Vermögensverwaltung beauftragt ist, insoweit das Vermögen in dem Hause besteht) eben so ein Voigt oder Verwalter, der bloss mit Bestellen, Säen und Ernten auf eines andern Eigenthümers Landgute beschäftigt ist, beide treiben kein eigentlich sogenanntes Gewerbe, wie es dagegen derjenige treibt, der für eines Andern Rechnung ein Banquiergeschäft führt, Bauten und ähnliche Herstellungen in Accord nimmt, oder den Saumthiertreiber macht; sie sämmtlich aber sind Institoren. Der Laufjunge, den ein Bäcker in der Stadt umhergehen lässt, um Brod und Semmeln zu verkaufen, ist Institor. Er betreibt aber kein Gewerbe, sondern nur e i n e Gattung der mehrfachen Gattungen von Geschäften, die zu dem Gewerbe eines Bäckers erforderlich sind.

Man vergl. l. 3. l. 4. l. 5. pr. §. 1. 2. 3. 4.

„l. 3. Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet; nec multum facit, tabernae sit praepositus, an cuilibet alii negotiationi."

„l. 4. Quum interdum etiam ad homines honestos afferant merces, et ibi vendant. Nec mutat causam actionis locus vendendi emendive, quum utroque modo verum sit, institorem emisse aut vendidisse."

„l. 5. pr. Cuicunque igitur negotio praepositus sit, Institor recte appellabitur."

„§. 1. Nam et Servius libro primo ad Brutum ait: si quid cum insulario gestum sit, vel eo, quem quis aedificio praeposuit, vel frumento coëmendo, in solidum eum teneri. §. 2. Labeo quoque scripsit: si quis pecuniis foenerandis, agris colendis, mercaturis, redemturisque faciendis praeposue-

rit, in solidum eum teneri. §. 3. Sed et si mensae habuit quis servum praepositum, nomine eius tenebitur. §. 4. Sed etiam eos institores dicendos placuit, quibus vestiarii vel lintearii dant vestem circumferendam et distrahendam, quos vulgo circitores appellamus."

Die vestiarii, welche hier durch hausirende Händler, (circitores, circuitores) die in dieser Function Institoren sind, Kleider zum Verkaufe austragen lassen, scheinen nicht bloss Kleiderhändler, sondern auch Kleiderverfertiger, Schneider, gewesen zu sein. Denn in *Paul. sent. Lib. III. tit.* 6. §. 58. und 72. werden ebenso benannte Sclaven als Zubehör einer urbana familia aufgeführt.

Die lintearii kommen in l. 5. §. 13. de tribut. act. (14. 3.), als eine Innung, in l. 13. C. de murilegul. (11. 7.), ebenfalls als Negocianten, in l. 7. C. de exc. muner. (10. 47.), hier aber unter dem Namen lintiones, vor. Aus §. cit. sieht man, dass auch sie den Verkauf von Kleidern zu ihrem Gewerbe machten.

„§. 5. Sed et muliones quis proprie institores appellet."

Muliones sind Leute, die das Gewerbe von Zugvieh- und Saumthierhaltern treiben.

„§. 6. Item fullonum et sarcinatorum praepositus, stabularii quoque, loco institorum habendi sunt."

F u l l o, nach Brissonius, „qui polienda, curanda, lavanda vestimenta suscipit, sarcinator", nach ebendemselben: „qui sarcienda vestimenta suscipit". Stabularii, nach heutigem Ausdrucke, Gastwirthe, bei denen Reisende ausspannen und einkehren.

„§. 7. Sed et si tabernarius servum suum peregre mitteret ad merces comparandas, et sibi mittendas, loco institoris habendum, Labeo scripsit."

Wenn Jemand das Gewerbe eines Kaufmanns treibt, so ist sein Commis, den er zum Ankauf von Waaren reisen lässt, Institor, obschon er nur für einen Theil der Geschäftsführung bestellt ist.

Dafern derjenige, für dessen Rechnung ein Institor thätig ist, diesen nicht selbst bestellt hat, oder ein Anderer, der entweder die juristische Persönlichkeit des Herrn repräsentirt, oder ein von Letzterem hierzu Beauftragter, so ändert diess an den Verhältnissen nichts, welche sich an die Bestellung eines Institor knüpfen.

Man vergl. l. 5. §. 18. „Sed et si procurator meus, tutor, curator institorem praeposuerit, dicendum erit, veluti a me praeposito, dandam institoriam actionem."

Diess in der Definition hervorzuheben, schien entbehrlich. Denn in rechtlicher Beziehung hat ein Jeder selbst gethan, was für ihn eine andere, hierzu genugsam legitimirte Person gethan hat.

Im gegenwärtigen Zusammenhange ist zu bemerken l. 6. „Sed et in ipsum procuratorem, si omnium rerum procurator est, dari debebit institoria.“

Wenn Jemand mein Generalbevollmächtigter ist, so ist er ohnstreitig auch befugt, für mich einen Institor zu bestellen. Insoweit nun aber die Bestellung eines Institors, wenn sie von mir selbst ausgegangen, nur gegen mich klagbare Verbindlichkeiten erzeugt, insoweit müssen sie in einem solchen Falle auch gegen den Procurator entstehen, da jeder Mandatar hinsichtlich dessen verbunden wird, was er, obschon nicht für sich, sondern für einen Andern gethan.

Demnach enthält die l. 6. nichts der Lehre von der actio instit. Eigenthümliches. Nur so viel ist dabei noch zu bemerken, dass, wenn Jemand nicht speciell von mir beauftragt worden ist, einen Institor für mich zu bestellen, er dazu nur in der Eigenschaft eines Generalprocurators ermächtigt sein kann.

Hierher gehört auch l. 7. pr.

„Sed et si quis meam rem gerens praeposuerit, et ratum habuero, idem erit dicendum.“

Wenn Jemand als mein negot. gestor für mich einen Institor bestellt, und ich ratihabire diese Bestellung, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass nunmehro das Verhältniss sich ganz so gestaltet, als wäre die Bestellung gleich anfänglich von mir ausgegangen.

§. 3.

Zu Bestimmung des Begriffes eines magister navis und exercitor navis.

Dass der magister navis derjenige ist, welcher für Rechnung eines Andern auf dem Meere, einem See oder einem Flusse ein Schiff führt, und auf diese Weise den Erwerb treibt, welcher mit Frachtschifffahrt, mit dem Transporte von Gütern oder Personen oder beider erreicht wird, dass eine Schiffsführung nicht bloss zum Transporte von Personen und Waaren, und zwar Andern gehöriger Waaren eintreten kann, sondern auch, um selbstständige Handelsgeschäfte durch Kauf und Verkauf von Gütern an von einander entlegenen Handelsplätzen zu treiben, dass endlich derjenige, für dessen Rechnung diess geschieht, exercitor navis genannt wird, über diess alles vergl. man die nachstehenden Stellen des Titels de exercitoria actione, welche — was sich in dem Folgenden noch klarer darlegen wird — auch als Belege dienen können, dass institor und magister navis durchaus gemeinschaftliche Kennzeichen haben, da magister navis nur durch die Eigenthümlichkeit des Ge-

werbes, das er für fremde Rechnung betreibt, sich von der vielumfassenden Classe der sogenannten Institoren unterscheidet.

l. 1. §. 1. 3. 6. 15.

„Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est."

„§. 3. Magistri autem imponuntur locandis navibus vel ad merces, vel vectoribus conducendis, armamentisve emendis; sed etiamsi mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem."

„§. 6. Navem accipere debemus, sive marinam, sive fluviatilem, sive in aliquo stagno naviget, sive schedia sit."

„§. 15. Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxit, vel ad tempus, vel in perpetuum."

Ob Jemand mittelst eines eigenen oder eines gemietheten Schiffes Erwerb durch einen magister navis betreibt, diess ist, wie jeder von selbst einsieht, ein ganz ausserwesentlicher Umstand.

§. 4.

Bemerkung über die Gleichmässigkeit der Rechtsverhältnisse, die aus Bestellung eines Institor oder eines magister navis entstehen.

Den Satz unter 1. b) kann man hier nicht belegen. Der Beweis lässt sich nur auf die Weise führen, dass man bei den einzelnen Bestimmungen in Betreff der instit. actionis nachweist, dass ihnen conform ist, was hinsichtlich der exercit. actionis gilt, und insofern dessfalls sich wirkliche Ausnahmen hervorthun, diese erörtert.

Den Satz unter 1. c), dessen Bestätigung die weiter unten zu citirende l. 4. §. 1. de exercit. act. enthält, braucht man hier mit keinen weiteren Bemerkungen zu begleiten.

§. 5.

Zu Num. 2.

Ueber desjenigen, der einen Institor bestellt, Verbindlichkeit aus dessen Contracten.

Die Mehrzahl der Gesetzstellen, welche in den vorliegenden beiden Titeln vorkommen, bestätigt den Satz, dass derjenige, welcher einen Institor bestellte, aus dessen Contracten

eben so verbunden wird, als wenn er selbst contrahirt hätte. Allgemein spricht den Satz aus

„l. 1. Aequum Praetori visum est, sicut commoda sentimus ex contractu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum, et conveniri.

Als eine der einfachsten Belegstellen dient

„l. 17. pr. Si quis mancipiis, vel jumentis, pecoribusve emendis vendendisve praepositus sit, non solum institoria competit adversus eum, qui praeposuit, sed etiam redhibitoria, vel ex stipulatu duplae simplaeve in solidum actio danda est.“

Wenn ein Institor zu einem Gewerbe bestellt ist, das in Kauf und Verkauf von Sclaven, Zug- oder Schlachtvieh besteht, so werden gegen den, der ihn bestellt hat, die actiones emti und venditi begründet, eben so die redihibitorische Klage (also auch die actio quanti minoris), und wenn dem Käufer die erkauften Sclaven oder Stücke Vieh evincirt werden, so hat der Praeponent, daferne von dem Käufer der doppelte oder einfache Werthsbetrag für einen solchen Fall stipulirt worden, der darauf gerichteten Klage sich zu unterwerfen.

Eben so l. 5. §. 15.

„Item si institor, quum oleum vendidisset, annulum arrae nomine acceperit, neque eum reddat, dominum institoria teneri; nam ejus rei, in quam praepositus est, contractum est; nisi forte mandatum ei fuit, praesenti pecunia vendere. Quare si forte pignus institor ob pretium acceperit, institoriae locus erit.“

Ein zu einem Oelverkaufe bestellter Institor hatte einmal einen Ring als arrha, ein anderesmal ein Pfand für den Preis des auf Credit verkauften Oeles behalten. Die Klage auf Rückgabe der arrha und Ausantwortung des Pfandes können gegen den Herrn des Geschäftes angestellt werden.

„l. 1. §. 17. de exercit. act. Est autem nobis electio, utrum exercitorem, an magistrum covenire velimus.

In Betreff der in dieser Stelle dem Kläger freigegebenen Wahl wird dieselbe weiter unten nochmals zu erwähnen sein.

Dass der Herr des Geschäftes verbunden wird, insofern der Institor Contracte abgeschlossen hat, welche direct in dem Geschäfte liegen, zu dem er bestellt worden war, belegen l. 5. §. 11. und 12. de inst. act. „Non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum, qui praeposuit, sed ita, si ejus rei gratia, cui praepositus fuerat, contractum est, (id est duntaxat ad id, ad quod eum praeposuit).“

„§. 12. Proinde si praeposui ad mercium distractionem, tenebor nomine ejus ex emto actione. Item si forte ad emendum eum praeposuero, tenebor duntaxat ex vendito. Sed ne-

que si ad emendum, et ille vendiderit, neque si ad vendendum, et ille emerit, debebo teneri. Idque Cassius probat.“

Dass man aber in §. 11. die Worte: „duntaxat ad id, ad quod eum praeposuit“ unrichtig verstehen würde, wenn man die Voraussetzungen, unter denen die Actio institoria angestellt werden kann, darauf beschränken wollte, dass der Institor Contracte einer solchen Art abgeschlossen, wie er dergleichen einzugehen ausdrücklich angewiesen worden, dass er verbindlich für den Praeponenten auch solche Contracte eingehen könne, welche nur als Mittel zur Erreichung des mit dem Geschäfte ihm aufgegebenen Zweckes dienen, diess belegt:

„l. 5. §. 13. de instit. act. Sed si pecuniam quis crediderit institori ad emendas merces praeposito, locus est institoriae. Idemque, et si ad pensionem pro taberna exsolvendam; quod ita verum puto, nisi prohibitus fuit mutuari.“

Wer z. B. als Institor bestellt ist, um Vieh einzukaufen, macht den Praeponenten auch für Darlehne gehalten, welche der Institor aufgenommen hat, um Vieh erkaufen zu können. Eben so wenn der Institor eines Kaufmanns Geld aufnimmt, um, nach heutiger Art zu sprechen, den Gewölbezins zu bezahlen.

Ganz analog mit den vorstehend unter Num. 1. u. 2. citirten Stellen sind in l. 1. de exercit. act. §. 7. u. 8.:

„Non autem ex omni causa Praetor dat in exercitorem actionem, sed ejus rei nomine, cujus ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit, utputa si ad onus vehendum locatum sit, aut aliquas res emerit utiles naviganti, vel si quid reficiendae navis causa contractum vel impensum est, vel si quid nautae operarum nomine petent.“

„§. 8. Quid, si mutuam pecuniam sumserit? an ejus rei nomine videatur gestum? Et Pegasus existimat, si ad usum ejus rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem; quam sententiam puto veram. Quid enim, si ad armandam, instruendamve navem, vel nautas exhibendos mutuatus est?“

Damit die exercit. act. gegeben werde, ist erforderlich, dass die causa contractus in dem Umfange desjenigen Geschäftes liege, welches der magister als solches zu führen bestellt worden ist, indem eine Schiffsführung, ohne die Kennzeichen eines solchen Geschäftes zu verlieren, doch sehr verschiedenartige Geschäfte darstellen kann. Ein anderes Geschäft treibt derjenige, der ein sogenanntes Paquetboot und der ein eigentliches Lastschiff führt. Wenn aber ein magister navis, sei dies Schiff nun ein Paquetboot oder ein Lastschiff, bestellt ist, so ist er mittelbar auch bestellt, Schiffer in Dienste zu nehmen, nöthigenfalls zu der Bezahlung erforderliche Gelder zu borgen,

alle auf Herstellung und Ausrüstung des Schiffes nöthigen Contracte abzuschliessen. Wer den Zweck will, muss die Mittel wollen, und also hat derjenige, welcher einen Schiffsführer bestellte, auch gewollt, dass derselbe ermächtigt sei, zu thun, was die Erreichung dieses Zweckes erfordert.

Dafür, dass der Präponent auch demjenigen verbunden werde, der Sicherheit für den Institor geleistet hat, spricht l. 5. §. 16. de inst. act. aus:

„Item fidejussori, qui pro institore intervenerit, institoria competit; ejus enim rei sequela est."

Ohnstreitig war man befugt, den Satz genereller zu stellen als §. 16. cit., wo nur ein fidejussor, nicht z. B. auch derjenige erwähnt wird, der für den Institor Pfand bestellt hat.

§. 6.

Fortsetzung.

Wozu ein Institor unmittelbar berufen sei, diess braucht nicht erörtert zu werden. Die Anstellung und das Geschäft, zu dem er angestellt worden, sprechen es in jedem concreten Falle aus, und wozu ein Institor mittelbar um des Zweckes seiner Anstellung willen berufen sei, diess kann nicht erörtert werden. Nicht nur macht diess die unendliche Varietät der Geschäfte unausführbar, in Betreff welcher Institoren können bestellt werden, sondern auch der Umstand, dass unter gegebenen Voraussetzungen demselben Geschäfte mittelbar etwas dienen kann, von dem sich diess unter anderen Voraussetzungen nicht würde behaupten lassen.

Alles muss in dieser Hinsicht der richterlichen Beurtheilung des concreten Falles überlassen bleiben. Demnach können nicht als unbedingt in Anwendung zu bringende Vorschriften, sondern nur als Beispiele jener richterlichen Beurtheilung die Entscheidungen folgender Fälle gelten.

1) „l. 5. §. 9. de inst. act. Idem Labeo ait: si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta praesenti, ut per dies singulos eis panem praestaret, conturbaverit, dubitari non oportere, quin, si permisit ei ita dari summas, teneri debeat."

Ein Bäcker hält sich einen Laufburschen, der das Brod zu den Kunden in ein bestimmtes Quartier auszutragen angestellt ist. Wenn dieser sich von den Kunden Vorausbezahlung geben lässt, und das Geld veruntreuet, so ist der Bäcker nicht gehalten, in Verhältniss des vorausbezahlten, ihm aber nicht eingelieferten Geldes, Brod an die Kunden zu liefern.

2) Der Institor des in einem Laden zu betreibenden Ge-

schäftes ist ermächtigt, Gelder zu Berichtigung des Ladenzinses aufzunehmen.

3) Dass der zum Einkauf von Waaren bestellte Institor Geld zu diesem Zwecke erborgen darf, ist schon bemerkt in §. 13. l. 5. cit.

4) Man lese in l. 1. §. 11. de exercit. actione statt „liberavit eum" also: „solvit ei", und die Stelle wird klar und einfach sein.

„Sed si ab alio mutuatus, solvit ei, qui in navis refectionem crediderat, puto etiam huic dandam actionem, quasi in navem crediderit."

Die Worte: „liberavit eum", die in der Stelle statt „solvit ei" stehen, erklären sich durch die Annahme, dass der Gläubiger das Darlehn geborgt hatte, und nun der magister navis anderweit borgte, um für erstern Gläubiger dessen Schuld zu tilgen.

5) „l. 19. §. 3. de institor. act. Servus pecuniis tantum foenerandis praepositus, per intercessionem aes alienum suscipiens, ut institor, dominum in solidum jure praetorio non adstringit; quod autem pro eo, qui pecuniam foeneravit, per delegationem alii promisit, a domino recte petetur, cui pecuniae creditae contra eum, qui delegavit, actio quaesita est."

Ein Sclave war bestellt, Geld auf Zinsen auszuleihen. Darin lag nicht die Ermächtigung, sich durch Intercession für fremde Schulden zu belasten. Wenn aber ein Dritter, der dasselbe Geschäft trieb, eine von ihm darzuleihende Summe auf jenen Institor anwies, und dieser die Zahlung zu leisten übernahm, so erschien er hierzu durch die Präposition ermächtigt, weil er als Creditor den Anweisenden als seinen Schuldner verbindlich machte. Die Klage desshalb war dem Herrn erworben, weil sie durch seines Sclaven Geschäft begründet war.

§. 6. b)

Verbindlichkeit des exercitor navis durch des magistri navis Substituten.

Den Satz in Num. 2. b) bestätiget l. 1. §. 5. de exercit. actione.

„Magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister; et hoc consultus Julianus in ignorante exercitore respondit. Ceterum si scit, et passus est, eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur. Quae sententia mihi videtur probabilis."

Bis zu dem Worte probabilis besagt die Stelle, wenn man sie in erklärender Paraphrase wiedergiebt, Folgendes:

Magister navis, und also fähig, den exercitor zu verbinden, ist nicht nur, wer von diesem selbst, sondern auch, wer von dem magistro navis seine Anstellung erhalten hat. Mit andern Worten: des magister navis Substitut verbindet den Exercitor so gut, als jener selbst. Diess ist des Julians Ausspruch, und man muss ihm beistimmen.

Zwar beschränkt Julian seine Ansicht auf den Fall, wo der exercitor von der Substitution keine Kenntniss erhalten. Diese Beschränkung kommt aber nicht in Betracht, denn sobald der exercitor um die Substitution gewusst und sie sich hat gefallen lassen, so ist es eben so gut, als wenn der Substitut von ihm selbst wäre angestellt worden.

§. 7.

Zu Num. 3. a)

Besondere Erfordernisse, welche die instit. und exercit. noch ausserdem voraussetzen.

Der Praeponent hat nicht die Absicht, sich gegen männiglich aus dem Volke zum Vertreter für jede Art contractmässiger Verbindlichkeiten zu machen, die eine Person, welche sein Institor ist, eingehen möchte, sondern er soll verbunden werden hinsichtlich desjenigen, was der Institor für das Geschäft contrahirt, dessen Betreibung dem Institor aufgetragen ist. Demnach ist es nothwendiges Requisit der actio instit., dass der Contract, aus welchem geklagt wird, gegenseitig in Beziehung auf das Geschäft abgeschlossen worden sei, für welches der Institor bestellt ist. Besonders auszusprechen braucht sich aber eine solche Bezugnahme nicht, wenn der Contract unmittelbar, sondern nur wenn er mittelbar in der Anstellung des Institors bedingt ist. Ein Beispiel wird diess erläutern. Mit dem Reisenden einer Weinhandlung schliesse ich, als Käufer, auf eine Sendung gewisser Quantitäten und Gattungen von Wein ab, oder ich kaufe in einer Ausschnitthandlung von einem Ladendiener einige Ellen Taffet. Hier ist es durch die Verhältnisse selbst ausgesprochen, dass das Geschäft in Gemässheit der Praeposition und für Rechnung des Praeponenten abgeschlossen sein soll. Gesetzt aber, der mit Einkauf von Gütern beauftragte Reisende eines Hauses borgt Geld von mir; darum allein kann ich noch nicht gegen das Haus klagen. Ich kann es aber, wenn ich darzuthun vermag, dass er Behufs des Einkaufes von Gütern bei mir geborgt hat.

Als Belegstelle hierzu

„l. 13. pr. de inst. act.: Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelate; eundum et mutuis pecuniis accipien-

dis; acceperat mutuam pecuniam. Putans creditor, ad merces eum accepisse, egit proposita actione; probare non potuit, mercis gratia eum accepisse. Licet consumta est actio, nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Julianus, utilem ei actionem competere, ait.“

Jemand hatte einen Institor für verschiedene Geschäfte, für einen Oelhandel und zum Geldborgen. *) C. borgt dem Institor und stützt den Klagegrund darauf, dass als Motive des Darlehns die Anstellung für das erstgedachte Geschäft gegolten habe. Zu Aufnahme von Geldern liegt in einem Waarengeschäfte nur die mittelbare Veranlassung und welchen Bewegungsgrund zu contrahiren jemand gehabt habe, darüber kann ich nur in Folge seiner Aeusserungen eine Behauptung anstellen. Dass der Kläger wirklich darauf den Klagegrund setzen musste, es sei der Handel unter besonderer Bezugnahme auf das Geschäft des Herrn geschlossen worden, erhellt daraus, dass sonst der Kläger nicht hätte sachfällig werden können, weil er: „probare non potuit, mercis gratia eum accepisse.“ Der übrige Theil der Stelle bezieht sich auf dasjenige, was in dem Römischen Prozesse consumtio actionis heisst. Der Kläger, der eine gewisse Klage, z. B. also die institoria, auf ein gewisses Object, z. B. centum solidos, angestellt hatte, aber abgewiesen worden war, konnte — denn es stand ihm die res judicata entgegen — nicht abermals dieselbe Klage des nämlichen Objectes halber gegen den nämlichen Beklagten anstellen. Im vorliegenden Falle liess Julianus dieselbe Klage auf dasselbe Object um deswillen zu, weil der anderweiten Klage eine andere factische Grundlage gegeben werden konnte, wenn der Kläger bewies, dass der Institor zum Geldborgen bestellt gewesen und also, indem er Geld geborgt, gethan, was in der Anstellung zu gedachtem andern Geschäfte unmittelbar lag.

Dasselbe ergiebt sich aus den Worten der gleich näher zu behandelnden

„l. 1. §. 9. l. 7. pr. de exercit. act. Lucius Titius cavit, se in refectionem navis pecuniam accepisse.“

Das Geldborgen liegt nicht unmittelbar in dem Berufe eines magister navis, allein mittelbar, wenn er nicht anders vermag, das Schiff in segelfertigen Stand zu setzen.

*) Es könnte befremden, dieses Grab aller Geschäfte bei den Römern als eine specielle Geschäftsgattung hervorgehoben zu sehen. Indess, warum könnte nicht ein Kaufmann, der in seinem Geschäfte sich häufig darin angelegter fremder Gelder bedient, für die Empfangnahme solcher Darlehne und allem, was damit im Verhältniss zu den Gläubigern zusammenhängt, einen besondern Commis anstellen?

§. 8.

Fortsetzung und zu Num. 3. b)

Pr. l. 7. cit. in Verbindung mit §. 1. und 2. desselben Fragmentes rechtfertiget den Satz unter 3. b) und zugleich in §. 2. den unter 1. b) ausgesprochenen.

„Lucius Titius Stichum magistrum navi praeposuit; is pecuniam mutuatus, cavit, se in refectionem navis eam accepisse. Quaesitum est: an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret, pecuniam in refectionem navis esse consumtam? Respondit: creditorem utiliter acturum, si, quum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet; etenim non oportere creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat, et negotium domini gerat, quod certe futurum sit, si necesse habeat probare, pecuniam in refectionem erogatam esse; itaque illud exigendum, ut sciat, in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus; quod certe aliter fieri non posset, quam si illud quoque scierit, necessariam refectioni pecuniam esse; quare etsi in ea causa fuerit navis, ut reffici deberet, multo tamen major pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari."

„§. 1. Interdum etiam illud aestimandum, an in eo loco pecunia credita sit, in quo id, propter quod credebatur, comparari potuerit; quid enim, inquit, si ad velum emendum in ejusmodi insula pecuniam quis crediderct, in qua omnino velum comparari non potuerit? et in summa aliquam diligentiam in eam rem creditorem debere praestare."

„§. 2. Eadem fere dicenda ait, et si de institoria actione quaeratur; nam tunc quoque creditorem scire debere, necessariam esse mercis comparationem, cui emendae servus sit praepositus, et sufficere, si in hoc crediderit, non etiam illud exigendum, ut ipse curam suscipiat, an in hanc rem pecunia erogata sit?"

Zuerst das pr. Titius hat den Stichus als Schiffsführer angestellt, und dieser hat Geld geborgt, indem er die Verschreibung ausdrücklich darauf stellte (cavit), dass er das Geld zu Instandsetzung des Schiffes geborgt habe. Es wurde die Frage aufgeworfen, ob Titius zu beweisen habe, dass das Geld auch wirklich zu diesem Zwecke sei verwendet worden. Die Antwort fiel dahin aus: der Gläubiger werde mit Erfolg klagen, wenn er auch nur darzuthun vermöchte, dass das Schiff zur Zeit des Darlehns einer Reparatur sei benöthiget gewesen. Wenn man ihm auferlegen wollte, auch darzuthun, dass die Verwendung stattgefunden, oder wohl gar, dass sie haushälterischer Weise erfolgt, und der Aufwand

nicht mit weniger hätte bestritten werden können, (m. vergl. „l. 1. §. 10. eod. Sed et si in pretiis rerum emtarum fefellit magister, exercitoris erit damnum, non creditoris“), so würde man ihn nöthigen, den Geschäftsführer des Praeponenten zu machen; denn wie anders könnte er die Ausführbarkeit jenes Beweises sicher stellen, als indem er selbst für die Verwendung der Gelder zu dem angegebenen Zwecke Sorge trüge? Nur darum hat er sich zu bekümmern, („illud exigendum ut sciat“), ob der Schiffsführer in Conformität zu der Praeposition borgt, und desshalb hat er auch darum sich zu bekümmern, ob die Reparatur nothwendig war. Denn der Schiffsführer ist nicht ermächtigt, Geld unter dem Anführen zu borgen, dass er es brauche, sondern vorausgesetzt, dass er es wirklich braucht.

Bleiben wir hierbei stehen, so sehen wir: des Klägers Verpflichtung geht jedenfalls nicht weiter, als dass er einem pflichtwidrigen Gebahren des Institors nicht bei Eingehung des Contractes Vorschub leiste.

Damit stimmt überein l. 1. §. 9. eod.

„Unde quaerit Ofitius: si ad reficiendam navem mutuatus, nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio? Et ait: si hac lege accepit, quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem, imputaturum sibi, cur talem praeposuerit; quodsi ab initio consilium ceperit fraudandi creditoris, et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipiat, contra esse; quam distinctionem Pedius probat.“

Diese Stelle ist zugleich eine Bestätigung des Satzes unter 3. a). Damit die exercitoria begründet sei, muss der magister navis das Geld hac lege, also ausdrücklich zur Verwendung in das Schiff erhalten haben. Nicht aber ist der Schiffsherr gehalten (contra esse), wenn der Exercitor zwar gleich anfänglich betrüglich zu Werke gegangen, das Geld für sich zu verwenden, entschlossen gewesen ist, und über den Zweck der Erborgung nichts ausgesprochen hat.

§. 1. giebt ein sehr einfaches Beispiel, wo dem Mitcontrahenten des Schiffsführers dessen unverantwortliches Gebahren als solches musste erkennbar werden.

Interessant sind die Schlussworte „et in summa aliquam diligentiam in eam rem creditorem debere praestare“, er muss sich einigermaassen darum bekümmern. Unter welchen Grad der culpa will man die Verabsäumung von aliqua diligentia subsumiren?

Jedem Richter muss es überlassen bleiben, bis zu welchem Grade er in vorliegenden Fällen die Forderung treiben wolle. Wenn §. 2. — allgemein aufgefasst — verlangt, dass, wer einem Sclaven, der einem Waareneinkaufe vorsteht, Geld zu diesem Zwecke borgt, sich ebenfalls darum bekümmern soll, ob der Waareneinkauf nöthig sei, so kann auch diess den

Umständen nach, auf welche hier alles ankommt, gar wohl zu billigen sein. Z. B. Ich borge dem Reisenden einer Wollhandlung, ohne dass er bei mir accreditirt ist, Geld um Wolle einzukaufen, weil seine baare Casse und sein Credit in der Gegend erschöpft sind. Unter solchen Umständen wird jeder besonnene Mann sich aufgefordert fühlen, ein Augenmerk darauf zu richten, ob denn der Reisende ausreichenden Grund habe, mehr zu kaufen, als wozu sein Haus ihm die Mittel gegeben.

§. 9.

Ueber die Beweislast bei Erörterung der Frage, ob mit dem Institor in Gemässheit der durch die Anstellung ihm gegebenen Befugnisse contrahirt worden sei. Zu dem Satze unter Num. 4., und die damit zusammenhängenden unter Num. 5. — 10.

Man bemerkt ohne weitere Auseinandersetzung, dass es für Jedermann, der mit einem Institor contrahirt, von höchster Wichtigkeit ist, genau sich davon unterrichtet zu haben, welche Gattung von Geschäften und in welchem Umfange deren Führung dem Institor ist anvertraut worden, ob der Institor in einem Kaufmannsmagazine nicht nur eigentliche Kauf- und Verkaufsgeschäfte, sondern auch solche zu betreiben angestellt ist, welche die Thätigkeit der Banquiers characterisiren; ingleichen, was für Gattungen von Waaren und unter welchen Modificationen sie zu kaufen oder zu verkaufen der Institor angewiesen ist. Denn die Möglichkeit, den Herrn des Geschäftes mit Erfolg in Anspruch zu nehmen, hängt davon ab, dass der Institor in den Gränzen seines Befugnisses geblieben sei. Vermeidlichen Streitigkeiten vorzubeugen, würde es am zweckmässigsten gewesen sein, die institoriam oder exercitoriam nur dann eintreten zu lassen, wenn der Kläger im Stande sein sollte, unter Bezugnahme auf eine schriftliche, dem Institor oder magister navis gegebene, denselben gegen das Publicum legitimirende lex praepositionis die Conformität des Contractes mit dem besonderen, dem Institor oder magister navis angewiesenen Geschäftskreise darzuthun. Eine solche Vorschrift aber wäre gegen den Geist des Römischen, besonders des eigentlich so zu nennenden Pandectenrechtes gewesen, in welchem wir überall eine selbstständig fortschreitende Entwickelung bemerken, die von allem das Publicum bevormundenden, gleichsam polizeilichen Einschreiten einer höchsten Gewalt völlig unberührt blieb. In wiefern man hinsichtlich des magister navis diese Ansicht zu modificiren habe, davon weiter unten.

Wonach also bestimmten die Römer die Frage, ob ein Individuum Institor oder magister navis sei, welche Geschäfte, und in welchem Umfange das Individuum befugt sei, dieselben auf eine den Herrn des Geschäftes, den Praeponenten, gegen dritte Personen verbindende Weise zu betreiben? Die Titel de institoria und exercitoria actione sind in dieser Beziehung besonders durchzugehen.

§. 10.

Dahin einschlagende Stellen des Titels de institoria actione.

„l. 11. §. 2. De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur; non enim permittendum erit, cum eo quasi cum institore contrahere. Sed si quis nolit contrahi, prohibeat; ceterum qui praeposuit, tenebitur ipsa praepositione.

„§. 3. Proscribere palam sic accipimus, claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet, vel ante eum locum, in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. Litteris, utrum graecis an latinis? Puto secundum loci conditionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. Certe si quis dicat, ignorasse se litteras, vel non observasse, quod propositum erat, quum multi legerent, quumque palam esset propositum, non audietur.

„§. 4. Proscriptum autem perpetuo esse oportet. Ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione contractum sit, institoria locum habebit. Proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulisset, aut vetustate, vel pluvia, vel quo simili contigisset, ne proscriptum esset, vel non pareret, dicendum, eum, qui proposuit, teneri. Sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius proponenti nocere debet, nisi particeps doli fuerit, qui contraxit.

„§. 6. Sed si in totum prohibuit cum eo contrahi, praepositi loco non habetur, quum magis hic custodis sit loco, quam institoris. Ergo nec vendere mercem hic poterit, nec modi cum quid ex taberna."

Derjenige, in Betreff dessen mittelst öffentlichen, d. h. bequem lesbaren, in der Sprache des Ortes abgefassten und in dem Geschäftslocale also aushängenden Anschlages, dass derselbe den Eintretenden in die Augen fallen muss, bekannt gemacht ist, dass er nicht Institor sei, dass man mit demselben nicht zu contrahiren habe, kann nicht den Herrn des Geschäftes verbindlich machen, und stellt sich nur als Aufseher, Wächter dar.

Daraus folgt *)

1) dass die Praeposition an sich verbindet, völlig abgesehen von einer jeden Form, und also auch davon, ob die Praeposition schriftlich und dritten Personen producirbar gegeben worden ist. Denn, wenn die Praeposition eines Individuums, dessen Ermächtigung zu contrahiren, nicht anders, als mittelst schriftlichen Anschlages, oder mittelst einer, Jedem producirbaren Legitimationsurkunde hätte ertheilt werden können, so hätte es keiner öffentlichen Bekanntmachung bedurft, wenn man dieses oder jenes Individuum als unermächtiget dazu bezeichnen wollte. Der Mangel jeder Praeposition hätte sich in dem Mangel jedes dieselbe kund gebenden Anschlages und die Beschränkung der Praeposition in allem demjenigen ausgesprochen, was der Anschlag nicht genannt hätte. Wenn sodann Jemand bloss custodis loco ist, dafern ihm ein öffentlicher Anschlag die Qualität eines Institors ausdrücklich abspricht, zur custodia aber in einem Geschäftslocal jeder berufen und verpflichtet ist, der in demselben für Rechnung des Herrn des Geschäftes irgend eine Anstellung hat, so folgt aus den oben citirten Stellen

2) dass jedes in einem bestimmten Geschäftslocale angestellt sich befindende Individuum eo ipso als Institor bezeichnet ist. **)

Daraus würde weiter folgen und folgt auch wirklich, dass wenn ich in das Comptoir eines Banquiers trete, ich mit jedem Individuum, das ich in demselben angestellt finde, Geschäfte machen kann, und der Herr des Geschäftes dadurch verbunden wird, ich mag nun mit dem Procuristen, Buchhalter, Cassirer, gewöhnlichen Commis, Lehrburschen oder Markthelfer contrahirt haben. Man wird einwenden, dass solche Grundsätze, in den heutigen Verhältnissen angewendet, zu den unerträglichsten Folgerungen leiten würden. Soll der Fremde, der in das Comptoir eines Banquiers tritt, verbindend für den Herrn des Hauses handeln, wenn er mit einem ganz untergeordneten Commis den bedeutendsten Handel über eine Lieferung von Staatspapieren abschliesst? Soll der Bursche, der in einem Buchhändlerladen unbedenklich Tageslitteratur zu den bestimmten Preisen ausgeben darf, verbindlich für den Principal gehandelt haben, wenn er mit Autoren über litterarische

*) Man fasse hierbei besonders scharf die Worte auf: Sed si quis nolit contrahi, prohibeat; ceterum qui praeposuit, tenebitur ipsa praepositione.

**) Dass Jemand Institor sein kann, ohne auf ein bestimmtes Geschäftslocal angewiesen zu sein, diess bedarf keiner weitern Bemerkung. Jedoch um der Vollständigkeit willen ist hier zu erwähnen l. 18.:

„Institor est, qui tabernae locove ad emendum vendendumve praeponitur, quique sine loco ad eundem actum praeponitur."

Unternehmungen abgeschlossen? Zu solchen Consequenzen scheinen die Sätze unter 5. zu führen, und zu viel Verwandtes hat der Römische mit dem heutigen Geschäftsverkehr gehabt, als dass nicht auch in Rom die nämlichen Sätze zu den nämlichen oder doch ganz ähnlichen Consequenzen sollten geführt haben. Indess, diese Einwendungen verschwinden, wenn man scharf in das Auge fasst, dass das Contrahiren in dem Geschäftslocale nur für solche Geschäfte, denen das Local angewiesen ist, von den bemerkten Folgen sein kann. Der Laden des Material- und Tabackhändlers ist zum Verkauf von Materialwaaren und Taback angewiesen. Wer hier kauft und mit schlechten Waaren bedient wird, hat die Klage gegen den Herrn des Geschäftes. Der Ankauf aber der in einem solchen Locale weiter zu verkaufenden Waaren ist nicht auf dasselbe angewiesen. Wer also in dem Laden mit irgend einem Individuum des Dienstpersonals über seinerseits zu liefernde Tabacke contrahirt, wird sich auf die Vorschriften unter No. 5. nicht beziehen können. Nur die Geschäfte, die so zu sagen, von der Hand in die Hand gehen, sind diejenigen, die eines angewiesenen Locales bedürfen, nicht solche, die auf Lieferung geschlossen werden und ein gegenseitiges Creditgeben erfordern.

Unter dieser, in den unter Num. 5. enthaltenen Sätzen von selbst liegenden, Beschränkung wird man sie ansprechend finden. Angemessener ist es, dass der Herr des Geschäftes darunter leide, wenn er ihre Befugnisse überschreitende Personen anstellt, als der fremde Dritte, der in dieser Beziehung weit weniger sich zu schützen im Stande ist.

Wenn, das Raisonnement im Wesentlichen zu wiederholen, Jemand durch die blosse Anstellung in einem Geschäftslocale als Institor bezeichnet ist, so reicht doch diese Bezeichnung nicht über denjenigen Geschäftskreis, welcher nothwendig seine Sphäre in dem Locale hat, bis in denjenigen hinüber, der bloss aus dem Geschäftslocale nicht ausgewiesen ist. Hiermit ist der Satz unter Num. 5. gerechtfertiget.

Die Vorschriften unter 6. 7. und 8. bedürfen keiner weitern Erläuterung. Sie gehen klar und einfach aus den citirten Stellen hervor und bedürfen weder einer Rechtfertigung, noch einer Empfehlung.

Ob (zu 7.) der Anschlag von selbst unleserlich geworden, ob ein Fremder oder der Institor selbst ihn hinweggenommen, diess alles sind Zufälligkeiten, unter denen der Fremde nicht leiden darf.

Beispiele zu dem Satze unter 9. geben lex 5. §. 13. in den Schlussworten:

„Idemque, et si ad pensionem pro taberna exsolvendam; quod ita verum puto, nisi prohibitus fuit mutuari.“

Der Institor in der taberna ist ermächtiget, Gelder zu Bezahlung des Miethzinses aufzunehmen; der Darleiher hat gegen den Herrn des Geschäftes institoriam actionem, ausser wenn er für seine Person bedeutet worden ist, dem Institor nicht zu borgen.

„l. 17. §. 4. Proculus ait: si denuntiavero tibi, ne servo a me praeposito crederes, exceptionem dandam, si ille illi non denuntiaverit, ne illi servo crederet. Sed si ex eo contractu peculium habeat, aut in rem meam versum sit, nec velim, quo locupletior sim, solvere, replicari de dolo malo oportet; nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena jactura lucrum quaeram.“

Die Worte: „si ex eo contractu peculium habeat“ beziehen sich darauf, dass des Sclaven peculium und daher mittelbar auch des Herrn Vermögen sich in Folge des Contractes vergrössert hatte.

Noch ist in dem vorliegenden Zusammenhange zu bemerken:

„l. 11. §. 5. „Conditio autem praepositionis servanda est. Quid enim, si certa lege, vel interventu cujusdam personae, vel sub pignore voluit cum eo contrahi, vel ad certam rem? Aequissimum erit, id servari, in quo praepositus est. Item si, quum plures habuit institores, vel cum omnibus simul contrahi voluit, vel cum uno solo, sed et si denuntiavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri; nam et certam personam possumus prohibere contrahere, vel certum genus hominum, vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere. Sed si alias cum alio contrahi vetuit, continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio; neque enim decipi debent contrahentes.“

Bis zu den Worten: „in quo praepositus est“ bietet die Stelle gar kein eigenthümliches Interesse. Insofern das von des Institors Mitcontrahenten mit ersterem geschlossene Geschäft der lex praepositionis entgegenläuft, kann daraus nicht die institorische Klage angestellt werden. Die folgenden Worte „Item . . . cum uno solo“, geben ein Beispiel von demjenigen, was mittelst öffentlichen Anschlages bekannt zu machen war. Der Praeponent kann vorschreiben, entweder, dass man nicht anders, als mit sämmtlichen oder nur mit einem einzelnen der mehreren Institoren contrahiren solle. Die Worte: „sed et teneri“ bilden eine Belegstelle zu dem Satze unter Num. 9.

Die Schlussworte: „nam et certam personam etc.“ bedürfen einer Erläuterung. Bis „permittere“ wiederholen sie den Satz: dass jeder, welcher in der lege praepositionis liegende Geschäfte mit dem Institor abschliesst, dadurch

den Praeponenten verbindet, insofern dieser nicht die Ausflucht darthut, dass dem Kläger für seine Person — entweder speciell, oder weil er zu einer Gattung von Personen gehört, mit denen der Praeponent sich nicht befassen zu wollen erklärt hat, — die Zuständigkeit entzogen worden sei, mit dem Institor zu contrahiren; wobei von selbst einleuchtet, dass man ein solches Verbot einer Gattung von Personen mittelst öffentlichen Anschlages, einer einzelnen Person durch eine besondere Eröffnung, bekannt machen kann. Ein solches Verbot: „sed si alias etc.“ soll aber dem Beklagten nicht zu statten kommen, wenn er in dieser Beziehung einen gefährdenden Wechsel hat eintreten lassen. Man sieht leicht ein, wie diess geschehen kann, weil, wer einmal den Anschlag gelesen, vielleicht öfters gelesen hat, und fortwährend Geschäfte in dem Locale macht, nicht leicht den Anschlag jeden Tag von neuem liest, so dass, wenn auf einmal der Anschlag abgeändert wird, der Contrahent, oder die Classe von Leuten, zu der er gehört, ausgewiesen sein kann, ohne dass er es weiss oder ahnet. Hierüber liess sich nichts in gesetzlicher Form aussprechen. Alles hängt dabei von den Umständen ab, und dem Richter muss es überlassen bleiben, wie er in concreten Fällen den Grundsatz handhaben will, dass Jedermann von seinen Rechtszuständigkeiten Gebrauch machen, Niemanden aber unter dieser Form in Schaden und Nachtheil bringen dürfe.

l. 16. de instit. act. belegt, — was nur von einem casuistischen Interesse ist, — durch ein argumentum a contrario, dass der Beweis, ein Sclave sei Institor für ein gewisses Geschäft, auch durch die seine Beschäftigung characterisirende Benennung geführt werden konnte, die ihm in der familia des Herrn beigelegt war.

„Si cum villico alicujus contractum sit, non dabitur in dominum actio, quia villicus propter fructus percipiendos, non propter quaestum praeponitur. Si tamen villicum distrahendis quoque mercibus praepositum habuero, non erit iniquum, exemplo institoriae, actionem in me competere.“

§. 11.

Ebendahin einschlagende Stellen des Titels de exercit. actione.

Hinsichtlich desjenigen, was dem Kläger bei der exercit. act. zu beweisen obliegt, scheint der hierher gehörige Titel der Pandectencompilation eine Lücke gelassen zu haben.

l. 1. §. 7. 8. u. 12. tit. cit. — Stellen, denen, vom Pr. l. cit. u. §. 5. vor der Hand abgesehen, keine andere Stelle

des Titels widerspricht — geben zum Theil ein Resultat, das einer reiflichen Erwägung wenig zusagt.

„Non autem ex omni causa Praetor dat in exercitorem actionem, sed ejus rei nomine, cujus ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit, utputa si ad onus vehendum locatum sit, aut aliquas res emerit utiles naviganti, vel si quid reficiendae navis causa contractum vel impensum est, vel si quid nautae operarum nomine petent."

„§. 8. Quid, si mutuam pecuniam sumserit? an ejus rei nomine videatur gestum? Et Pegasus existimat, si ad usum ejus rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem; quam sententiam puto veram. Quid enim si ad armandam, instruendamve navem, vel nautas exhibendos mutuatus est?"

„§. 12. Igitur praepositio certam legem dat contrahentibus. Quare si eum praeposuit navi ad hoc solum, ut vecturas exigat, non ut locet, quod forte ipse locaverat, non tenebitur exercitor, si magister locaverit; vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, idem erit dicendum; aut si ad hoc, ut vectoribus locet, non ut mercibus navem praestet, vel contra, modum egressus, non obligavit exercitorem. Sed et si ut certis mercibus eam locet, praepositus est, puta legumini, cannabi, ille marmoribus, vel aliae materiae locavit, dicendum erit, non teneri. Quaedam enim naves onerariae, quaedam, ut ipsi dicunt, ἐπιβατηγοὶ sunt, et plerosque mandare scio, ne vectores recipiant, et sic, ut certa regione, et certo mari negotientur; ut ecce sunt naves, quae Brundusium a Cassiopa, vel a Dyrrachio vectores trajiciunt, ad onera inhabiles; item quaedam fluvii capaces, ad mare non sufficientes."

Nach diesen Stellen ist die Klage unbedingt gegen den Exercitor begründet nur dann, wenn die Nothwendigkeit und die einem jeden Schiffsführer, als solchem, obliegende Verbindlichkeit, das Schiff in fahrbarem Stande zu erhalten, die ostensible Veranlassung zum Abschluss des Contractes gewesen ist.

Wenn dagegen die Veranlassung zu dem Contracte in den Obliegenheiten des magister navis gelegen, und auch nicht gelegen haben kann, dann ist nach eben diesen Stellen nur bedingt die Klage begründet, insofern die Praeposition besonders auf Geschäfte der in Frage kommenden Art gerichtet war. Z. B. — man vergleiche §. 12. — Der Schiffsführer kann ermächtigt sein, Accorde über den Transport von Waaren oder Sachen zu schliessen, er kann aber auch nur angewiesen sein, das Frachtlohn einzucassiren, weil der exercitor selbst über die Befrachtung contrahirt hat. Der Schiffsführer kann befugt sein, Transporte von Waaren und Personen, oder nur

der einen oder der andern nach allen Himmelsgegenden oder nur an gewisse Orte hin zu übernehmen, jede Art, oder nur gewisse Arten von Gütern zu verladen, u. s. w. Nach Maassgabe aller dieser verschiedenen Fälle soll der exercitor gehalten sein, blos insofern, als der Contract übereinstimmend der legi praepositionis geschlossen worden. („Praepositio certam legem dat contrahentibus.")

Diese Vorschrift gefährdet offenbar das Publicum. Wie kann ich wissen, wenn ich in Alexandrien mit einem magistro navis contrahire, was zwischen ihm und seinem Schiffsherrn in Italien ist ausgemacht worden? Da Niemand Widerrechtlichkeiten zu vermuthen befugt ist, so darf ich annehmen, der magister navis ist entweder selbst exercitor, oder er handelt gemäss dessen Aufträgen. Rationeller würde es sein, zu sagen: wenn ich mit einem Schiffsführer contrahire, hinsichtlich einer mittelst des Schiffes auszuführenden Leistung, so ist dieser gehalten, und zugleich, wenn er nicht selbst exercitor ist, der exercitor als Dritter. Gegen diesen schadet es mir nicht, unbekannt damit gewesen zu sein, dass jener seine Befugnisse überschritt; nur die positive Kenntniss, dass dem so sei, schliesst mein Klagerecht gegen den exercitor aus. Und da man in den meisten Fällen, wegen der Entfernung der Oerter, nur von dem magister navis wird erfahren können, wie weit seine Ermächtigung gehe, so müsste der exercitor hinsichtlich jeder mittelst des Schiffes ausführbaren Leistung aus dessen Contracten gehalten sein, wenn ich nicht von dem exercitor eines andern bedeutet worden bin, und der magister navis mir die Beschränkung verheimlicht hat; letzteres nach Analogie von „l. 11. §. 4. de instit. act. Sed si ipse institor decipiendi mei causa etc." Wornach also überall unbedingt der Umstand, mit dem magistro navis (gemäss den Worten in „l. 1. §. 1.: „si quidem, qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit") contrahirt zu haben, die Klage gegen den exercitor gäbe, und die l. praepositionis nur bedingt als Maassstab der Entscheidung zu betrachten wäre, insoweit sie mir nämlich von dem magistro navis nicht eröffnet worden wäre.

Wie das Edict über die exercit. act. gelautet habe, wissen wir nicht. l. 1. pr. tit. cit. beginnt und lautet also:

„Utilitatem hujus edicti patere, nemo est, qui ignoret; nam quum interdum ignari, cujus sint conditionis, vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit, eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit, quum sit major necessitas contrahendi cum magistro, quam institore. Quippe res patitur, ut de conditione quis institoris dispiciat,

et sic contrahat; in navis magistro non ita; nam interdum locus, tempus non patitur plenius deliberandi consilium.“

Die Worte des Edictes selber haben die Compilatoren höchst ungeschickter Weise hinweggelassen, so dass der Titel selbst ganz eigentlich aus Noten zu einem fehlenden Texte besteht. Wenn nun aber das pr. die Zweckmässigkeit des Edicts einleuchtend für Jedermann um deswillen findet, weil man bisweilen mit magistris contrahire propter navigandi necessitatem, ohne über des magister navis persönliche Verhältnisse unterrichtet zu sein, so scheint allerdings das Edict bloss darin, dass man mit einem Schiffsführer contrahirt, ausreichenden Grund zu finden, den Schiffseigenthümer verpflichtet werden zu lassen. Die Worte: „ut tenetur, . . . quam institore“ können dagegen nicht als Argument gebraucht werden. Durch den Institor wird der Praeponent allerdings nur verbunden, insoweit derselbe gemäss der Praeposition gehandelt hat; allein pr. cit. stellt die Verhältnisse offenbar nur insofern gleich, als in dem einen wie dem andern ein Nichtcontrahent aus einem Contracte verbunden wird, und beabsichtiget nicht, sich im Uebrigen über die Gleichartigkeit oder Verschiedenheit der Verhältnisse auszusprechen. So viel erkennt pr. cit. (man vergl. die Worte: „cum sit major necessitas etc.“) selbst an: dass wer mit einem magistro navis contrahirt, in dem Falle ist, durchgreifendere Berücksichtigung in Anspruch zu nehmen, als wer mit einem Institor contrahirt; diess um desswillen, weil man über die Ermächtigungen eines Institors sich ungleich leichter informiren kann, als über die eines magistri navis. §. 5. l. cit. geht von und mit den Worten an: „omnia enim facta“ soweit, den exercitor durch die facta eines von dem magistro navis substituirten magistri zu verbinden, selbst wenn der exercitor die Substitutionen ausdrücklich dem magistro navis verboten hätte, selbst wenn des Substituten Mitcontrahent ausdrücklich wäre verwarnt gewesen, mit dem namentlich angegebenen Individuum zu contrahiren. Man vergleiche die citirte Stelle.

„Magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister; et hoc consultus Julianus in ignorante exercitore respondit. Ceterum si scit, et passus est, eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur. Quae sententia mihi videtur probabilis; omnia enim facta magistri debet praestare, qui eum praeposuit, alioquin contrahentes decipientur; et facilius hoc in magistro, quam institore admittendum, propter utilitatem. Quid tamen, si sic magistrum praeposuit, ne alium ei liceret praeponere? an adhuc Juliani sententiam admittamus? videndum est. Finge enim et nominatim eum prohibuisse ne Titio magistro utaris, di-

cendum tamen erit, eo usque producendam utilitatem navigantium.“

Diess aber ist unvereinbar mit den citirten anderen Gesetzstellen, nach denen die l. praepositionis den Maassstab für Beurtheilung des Verhältnisses nicht bloss unter der Voraussetzung abgiebt, dass deren Inhalt zu des Contrahenten Kenntniss gekommen.

Hiernächst erwäge man, dass, wenn die Praeposition allein den exercitor für alles verbindlich gemacht hätte, was in der, einem magister navis angewiesenen Thätigkeit liegen kann, die lex praepositionis kaum anders als im Verhältniss des magister zum exercitor von Wichtigkeit hätte werden können. Man denke sich z. B. den Fall: ein magister navis, der nicht beauftragt war, sich mit Transporten von Waaren zu befassen, hätte einen solchen übernommen, und aus diesem Contracte wird gegen den exercitor geklagt. Wenn der exercitor sich auf des magister navis, in Folge der eingeschränkten Praeposition ermangelnde Ermächtigung hätte beziehen wollen, so hätte dem Beklagten diess gar nichts geholfen, dafern er nicht auch vermocht hätte, zu beweisen, die lex praepositionis sei zu Kenntniss des Klägers gelangt. Es liegt aber in der Natur der Sache, dass sie, wenn sie überschritten worden ist, auch gar nicht zu des Contrahenten Kenntniss wird gelangt sein. Der magister navis, der die Instruction überschreiten will, wird sie nicht vorzeigen, und der Mitcontrahent thut am besten, sie gar nicht sich vorzeigen zu lassen; denn wenn er in der Unkunde über die etwa limitirende lex praepositionis bleibt, so hatte er des exercitors Ausflucht, er habe die Limitation gekannt, gar nicht zu fürchten.

Wie endlich kann die l. praepositionis jemals von Wichtigkeit werden, wenn selbst der ausdrücklich verwarnte Mitcontrahent (man vergl. l. 1. §. 5.) des magister navis die exercitoriam anstellen darf?

Der Verfasser hat sich entschliessen müssen, den Satz unter 10. so zu geben, wie er ihn gegeben, weil er ein anders zu formirendes Resultat mit besserer Ueberzeugung aufzustellen nicht im Stande gewesen ist.

§. 12.

Ueber die Verbindlichkeiten nicht aus eines Institors Handlungen, sondern aus denen eines Gehülfen in dem Geschäfte.

Zu Num. 11. und 12.

Den Satz spricht aus l. 5. §. 8. de instit. act., sobald man die darin gegebene Entscheidung eines concreten Fal-

les, entkleidet von dessen zufälligen Umständen, auf eine allgemeine Norm reducirt.

„Idem ait: si libitinarius, quos graece νεκροθάπτας vocant, servum pollinctorem habuerit, isque mortuum spoliaverit, dandam in eum quasi institoriam actionem, quamvis et furti, et injuriarum actio competeret.“

Die libitinarii, Leute, deren Gewerbe darin bestand, Leichenbegängnisse zu besorgen, und dabei als Gehülfen wieder besondere Leichenwäscher (pollinctores) gebrauchten, mussten für diese, gleich dem Praeponenten für den Institor, einstehen, wenn der Gehülfe sich die Gelegenheit zu Nutze gemacht hatte, die Leichname zu plündern. Es bedarf wohl keiner Rechtfertigung, dass hiervon die in Num. 11. aufgestellte Regel sich abstrahiren lässt. In wiefern und nach welchen Grundsätzen in einem solchen Falle auch die actio furti und injuriarum gegen den Libitinarius anwendbar sein konnte, diess liegt dermalen ausser dem Zusammenhange der Untersuchung. Dass verschuldete Beschädigungen fremder Sachen in den angegebenen Beziehungen den widerrechtlichen Anmaassungen gleich zu stellen sind, scheint ebenfalls nicht besonders darzuthun zu sein. Beschädigungen von Personen fallen in dieselbe Kategorie. Z. B. der Lohnkutscher, der sein Gewerbe nicht allein, sondern auch durch Dienstknechte betreibt, hat ohnstreitig ebenfalls zu haften, wenn der Knecht Personen in Schaden bringt, die sich des Fuhrwerks seines Herrn bedienen.

Durchaus auf den nämlichen Ansichten beruhet l. 1. §. 2. de exercit. act.:

„Sed si cum quolibet nautarum sit contractum, non datur actio in exercitorem, quamquam ex delicto cujusvis eorum, qui navigandi causa in nave sint, detur actio in exercitorem. Alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi. Si quidem, qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit. Qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit; sed dolo et culpa carere eos curare debet.“

§. 13.

Fortsetzung.

Hiermit und zugleich als Beleg für den Satz unter Num. 12. ist zu verbinden l. 5. §. 10. de instit. actione, eine Stelle, die bereits von der Glosse auf eine gewiss wenig ansprechende Weise erklärt wird. Ob des Verfassers Erklärung vor anderen den Vorzug verdiene, überlässt man des Lesers beliebigen Vergleichungen. So viel ist gewiss, welche Erklärungen bisher versucht worden, keine hat vermocht, die Stelle in ein

solches Licht zu stellen, dass die Sprache darin zu den leicht verständlichen Ausdruck eines richtig Gedachten würde, und darum wird man auch den Verfasser nicht tadeln, wenn er das „discipulis quibus instructam tabernam tradiderat“ auf eine andre Weise erklärt, als bei dem ersten Anblicke es scheint, dass man die Worte zu verstehen habe.

Die Worte sprechen nicht von discipulis, denen er, der fullo, die eingerichtete Werkstätte übergeben hatte, sondern von discipulis, mit denen versehen (instructam) der fullo einem Andern die Werkstätte übergeben hatte. M. vergl. l. 185. de R. J. „Instructam autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat.“

Auch wird es erlaubt sein, die Worte: „post cujus profectionem,“ zu verändern in die Worte: „et post ejus“, indem dadurch offenbar der Sinn der Stelle nicht geändert, sondern nur deren Ausdruck in sprachrichtige Form gebracht wird.

Diess vorausgeschickt, ist die Stelle folgendermaassen zu übertragen:

Nachdem ein Walker, als er eine Reise antreten wollte, einen Andern (quem, nicht florentinische Lesart) ersucht hatte, dass er unter den Lehrlingen, mit denen versehen er (dem Ersuchten) die Werkstätte übergeben hatte, während seiner Abwesenheit auf Ordnung sehen sollte, und nach des Walkers Abreise einer jener Lehrlinge Kleider (die von Kunden in die Werkstätte zur Bearbeitung waren gebracht worden) in Empfang genommen hatte, damit aber entlaufen war, so

a) haftet der verreiste Walker dafür nicht, wenn der Ersuchte nur sein Bevollmächtigter gewesen ist;

b) haftet aber dafür, in Gemässheit von dem Verletzten gegen ihn anzustellender institorischer Klage, wenn der Ersuchte die Stelle eines Institors vertreten hat.

Wenn aber

c) der Ersuchte gegen den Verletzten, bevor der Lehrling, der als solcher zugleich operarius — Arbeiter in der Werkstätte — war, die Kleider erhielt, erklärt hatte: man könne solche dem unter seiner Aufsicht arbeitenden Personale anvertrauen, dann wird dieser Aufseher ex locato gehalten.

Das alles ist in der Ordnung.

ad a. Der fullo, der das Gewerbe selbst betrieb, verreiste, und also stand das Geschäft still. Wenn nun Jemand einem Lehrlinge, den nichts als einen Institor bezeichnete, dessen sich auch der Fullo, so lange er abwesend war, gar nicht als Gehülfen bediente oder bedienen konnte, Kleider anvertraute, so hatte der Eigenthümer es sich selbst zuzuschreiben, wenn

er auf diese Weise in Verlust kam. Darin konnte der Umstand nichts ändern, dass für die Dauer der Abwesenheit des fullo Jemand beauftragt war, Aufsicht über die discipulos zu führen.

Wenn aber

ad b. dieser Beauftragte nicht nur hierzu, sondern als institor bestellt war, so ging das Geschäft fort. Der Institor war als der Gewerbtreibende für die Veruntreuungen der Gehülfen gehalten, deren er sich bei Ausübung des Gewerbes bediente, und also auch für den Schaden, den der fortgelaufene Kleiderdieb verursacht hatte. Die Verbindlichkeit, die in des Institors Person begründet ist, kann klagbar gemacht werden gegen den Herrn des Geschäftes, und also kann der Verreiste in dem Falle unter b. actione institoria belangt werden.

Wenn aber

ad c. der Verletzte nicht gegen den Verreisten, sondern gegen den Beauftragten klagen will, und also die Frage gleichgültig wird, ob dieser blos zur Aufsicht oder zur Fortstellung des Geschäftes beauftragt war, dann kann er diess mit Erfolg, wenn bei dem Miethcontracte (Herstellung von Kleidungsstücken gegen dafür zu entrichtenden Arbeitslohn) er auf Veranlassung und dazu von dem Beauftragten aufgefordert, dem Lehrlinge die Kleidungsstücke anvertraut hat.

§. 14.

Ueber des Praeponenten Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen des Institors.

Darüber ist in den Sätzen gar nichts gesagt. Denn, offenherzig zu reden, dem Verfasser scheint es eine Art quaestio Domitiana zu sein, wenn man darnach fragt, in wiefern der Praeponent durch unerlaubte Handlungen des Institors könne verbunden werden.

Coccejii Jur. civ. controv. h. t. qu. 4. hat ganz Recht, zu sagen, es könne, weil hierauf das Mandat nicht gehe, wegen solcher Handlungen eine actio institoria gar nicht stattfinden. Indess verweilen wir hierbei etwas länger, um das Leere jener Frage anschaulicher zu machen. Wie und in welchen Beziehungen kann der Institor widerrechtliche Handlungen begehen?

1) Er kann dergleichen begehen auf eine Weise, die mit dem Geschäfte in gar keiner Verbindung steht. Z. B. der Schiffsführer bestiehlt Jemanden, vor dem Augenblicke, wo er aus dem heimathlichen Hafen abfährt, in dem er die Anstel-

lung erhalten. Es versteht sich, dass dafür der exercitor nicht haften kann.

2) Er kann dergleichen begehen auf eine Weise, in der es sich darlegt, dass das Geschäft ihm die Veranlassung und die Möglichkeit gegeben hat, die widerrechtlichen Handlungen auszuführen.

Z. B. der das Brod an die Kunden austragende Bäckerjunge stiehlt in den Häusern, wo er zufolge des Geschäfts aus- und eingeht. Der Procurist eines Banquierhauses missbraucht die Bekanntschaft mit des Principals Geschäftsverbindungen, um mittelst verfälschter Avisbriefe und Tratten eine immense Betrügerei auszuführen. Weder jenen Bäcker, noch diesen Banquier kann man verantwortlich machen, weil sie solche Subjecte angestellt. Denn für die Folge seiner Handlungen kann der Mensch jedenfalls nur insoweit verantwortlich gemacht werden, als er sie vorauszusehen im Stande war.

3) Der Institor kann widerrechtlich handeln, indem er sich auf Contracte einlässt, die gar nicht in dem Umfange seiner Ermächtigungen liegen. Hier trifft aber den Mitcontrahenten der Vorwurf, sich nicht um den Inhalt der Praeposition bekümmert, für ausreichende legitimatio ad causam des zu Legitimirenden eignes Anführen betrachtet zu haben.

Allerdings schreibt l. 7. §. 2. de instit. act. vor: dass, wenn ein in dem Geschäftslocale eines Principals angestelltes Individuum böslicher Weise den öffentlichen Anschlag entfernt, der die Befugnisse einschränken sollte, welche an sich schon die Anstellung in einem Geschäftslocale giebt, dann die Institoria auch in Betreff von einem solchen Individuum unbefugt vollzogener Handlungen angestellt werden könne. Allein der Grund hiervon ist gar nicht des Institors widerrechtliches Verfahren, als solches. Wenn der Regen den Anschlag höchst unschuldiger Weise verwaschen hat, gilt ganz dasselbe. Der Grund, in einem solchen Falle den Praeponenten zu verbinden, liegt darin, dass, wenn die vorgeschriebene Bedingung einer Ausnahme hinwegfällt, die Ausnahme selbst wegfallen muss, jene sei nun hinweggefallen durch zufällige Ereignisse oder praemeditirte Handlungen.

4) Der Institor kann widerrechtlich handeln bei **Eingehung** von Contracten, die in dem Umfange seines Geschäftskreises liegen. Er contrahirt z. B. über eine Waarensendung, weiss aber über die Preise zu betrügen, giebt als Unterpfänder unächte Pretiosen, und was dergleichen Practiken mehr sind.

Hier ist die Klage aus dem Geschäfte selbst gegeben. Es entstehen daraus, aus dem Contracte selbst, mittelst Klage oder exception geltend zu machende civilrechtliche Beziehun-

gen, und dass solche auch der Praeponent gegen sich muss gelten lassen, ist allgemeine Regel, und darum ganz entbehrlich, danach zu fragen, in wieferne dazu culpa oder auch dolus des Institors die Veranlassung gegeben.

5) Der Institor kann widerrechtlich handeln bei Erfüllung des Contractes. Die Erfüllung des Contractes läuft aber allemal darauf hinaus, entweder dem Mitcontrahenten etwas zu zahlen, solvere in dem weitesten Sinne des Wortes, oder demselben etwas zurückzugeben, z. B. die Kleider, die des fullonis Institor in die Arbeit bekommen hat. Der böse, absolut auf das Widerrechtliche gerichtete Wille des Institors macht hier keinen Unterschied. Der Contract muss erfüllt werden, ohne dass, in der Regel wenigstens, darnach gefragt wird, warum er noch nicht erfüllt sei; und wenn bei der Verurtheilung der dolus in vielfacher Beziehung nüancirend einwirkt, so brauchte doch nicht ausgesprochen zu werden, dass der Praeponent durch des Institors dolose Contractwidrigkeiten schlechter gestellt werden könne, als wenn dieser bloss culposer oder zufälliger Weise den Contract unerfüllt gelassen hätte; denn (m. vergl. Num. 2.) der Praeponent wird beurtheilt, als wäre er selbst der Contrahent.

§. 15.

Verhältniss des Praeponenten zu des Institors Mitcontrahenten.

Zu dem Satze unter Num. 13.

Das Interesse des Praeponenten erforderte gar nicht, des Institors Mitcontrahenten ebensowohl belangen zu dürfen, als er von ihnen belangt werden konnte. Man hatte nämlich entweder einen eignen Sclaven zum Institor bestellt, und dann war das Klagerecht gegen dessen Mitcontrahenten gegeben, nicht weil des Praeponenten Institor, sondern weil dessen Sclave contrahirt, und somit dem Herrn die Klage aus dem Contracte erworben hatte; oder ein Freier war Institor geworden; alsdann konnte man diesen actione mandati belangen, die Klagerechte gegen den Mitcontrahenten abzutreten. Grade aber in dem letztgedachten Falle konnte der Praeponent in Verlust kommen, wenn z. B. der Institor durchgegangen, und also die Klagabtretung nicht zu erlangen war, oder — dahin gehörige Stellen weiter unten — der Institor keine personam standi in judicio, und also auch nicht die Befähigung hatte, in seiner Person Klagen zu erwerben, und darum auch keine abtreten konnte.

Indess, wenn ein fremder Sclave oder Haussohn Institor

war, so konnten die Klagen gegen den Hausherrn eintreten. M. sehe zu l. 17. §. 1. den Anhang §. 1.

In einem solchen Nothfalle wird dem Praeponenten die Klage gegen des Institors Mitcontrahenten unmittelbar gegeben. Des Gajus und des Marcellus von Ulpian in l. 1. h. tit. referirte Ansicht ist von den Pandectencompilatoren in eine Consonanz gebracht worden, welche die Stellen, woraus die Fragmente entnommen worden sind, ursprünglich nicht gehabt zu haben scheinen.

M. vgl. l. 1. und 2. de inst. act.

„Aequum Praetori visum est, sicut commoda sentimus ex contractu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum, et conveniri. Sed non idem facit circa eum, qui institorem praeposuit, ut experiri possit; sed si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus, acquisitis sibi actionibus; si autem vel alienum servum, vel etiam hominem liberum, actione deficietur, ipsum tamen institorem vel dominum ejus convenire poterit vel mandati, vel negotiorum gestorum. Marcellus autem ait: debere dari actionem ei, qui institorem praeposuit in eos, qui cum eo contraxerint.“

„l. 2. Eo nomine, quo institor contraxit, si modo aliter rem suam servare non potest.“

Das erstere der eben citirten Fragmente fordert zu einer Bemerkung auf. Es besagt ausser demjenigen, was es bereits vorangegebenermaassen enthält, Folgendes:

a) Gegen einen freien Institor habe der Herr des Geschäftes actionem mandati oder negot. gest.

b) Wenn ein Sclave eines andern als seines Herrn Institor geworden, alsdann könne von dem Herrn des Geschäftes der Herr des Sclaven actione mandati oder negotiorum auf Abtretung der Klagen gegen diejenigen belangt werden, welche mit dem Institor contrahirt haben.

Hierbei ist zu bemerken

ad a) es ist sehr richtig, dass ich von meinem negot. gestor Abtretung der Klage verlangen kann, die derselbe in Folge der Führung meines Geschäftes erworben hat; allein die Verhältnisse sind insofern hier nicht scharf aufgefasst, als Niemand mein Institor und negot. gestor zugleich für ein und ebendasselbe Geschäft sein kann. Denn Institor ist ja eben nur derjenige, welcher, weil er in Folge besonderer Anstellung für mich thätig geworden ist, seine Mitcontrahenten zur Anstellung der Klage gegen mich berechtigt. Der negot. gestor dagegen wird für mich thätig, ohne irgend einen dazu von mir ausgegangenen Beruf, und seine Mitcontrahenten sind nicht, wenigstens in der Regel nicht, befugt, gegen mich zu klagen.

Es kann Niemand Mandatar und negot. gestor zugleich sein, und also auch nicht Institor und negot. gest.

ad b) gilt im Wesentlichen dieselbe Bemerkung. Wenn B, von mir beauftragt, seinen Sclaven zum Institor in meinem Geschäfte macht, so erwirbt B die Klage als Herr des Sclaven, und wird actione mandati angehalten, dieselbe an mich abzutreten. Dasselbe gilt, wenn B als mein negot. gestor den Sclaven zum Institor in meinem Geschäfte gemacht hat. Allein weder B noch sein Sclave ist **mein** Institor; denn eine lex praepositionis ist von mir nicht gegeben, und also fehlt die Praemisse aus der gegen mich von des Sclaven Mitcontrahenten geklagt werden kann. Derselbe ist des B Institor für ein Geschäft, das dieser gegen mich zu vertreten hat als negot. gestor.

l. 1. §. 18. de exercit. act. spricht, in Verbindung mit §. 17. dem Schiffseigenthümer unbedingt das Klagerecht ab gegen diejenigen, welche mit dem Schiffsführer contrahirt haben.

„§. 17. Est autem nobis electio, utrum exercitorem, an magistrum convenire velimus."

„l. 1. §. 18. de exercit. act. Sed ex contrario exercenti navem adversus eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur, quia non eodem auxilio indigebat; sed aut ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet, aut, si gratuitam, mandati agere potest. Solent tamen Praefecti propter ministerium annonae, item in provinciis Praesides provinciarum extra ordinem eos juvare ex contractu magistrorum."

Dass vor gewissen Behörden die exercitores eine ausserordentliche Hülfe in dieser Beziehung fanden, nämlich bei den praefectis propter ministerium annonae und den praesidibus provinciarum, ist heutigen Tages von keinem Interesse. Jedoch gilt ohnstreitig auch von der exercitoria, was l. 1. u. 2. cit. von der institoria sagt. Denn obschon ich von dem magistro, wenn er mein Mandatar war, actione mandati, und wenn er von mir gemiethet worden, ex locato die Klagabtretung fordern kann, so mussten doch auch Fälle vorkommen, wo der exercitor, wenn er seine Forderung nicht verlieren sollte, „eodem auxilio indigebat", d. h. es nöthig hatte, unmittelbar aus des magister Contracten gegen dritte Personen klagen zu dürfen.

§. 16.

Ueber das Klagerecht der Mitcontrahenten des Institors gegen den Praeponenten.

Zu Num. 14.

Das Institut der instit. act. hebt nicht das Befugniss auf, gegen **Jeden** zu klagen, mit dem man contrahirt hat; es giebt

nur für gewisse Fälle die Befugniss, eine persönliche Klage gegen einen Andern anzustellen, als gegen Denjenigen, mit dem man contrahirt hat.

Für die act. instit. ist in dieser Beziehung eine indirecte Belegstelle die schon citirte l. 1. Wenn der Institor gegen seine Mitcontrahenten dem Praeponenten abtretbare Klagen ex emto oder vendito hat, so müssen die Mitcontrahenten auch gegen ihn klagen können.

Direct belegt den Satz l. 7. §. 1. h. tit. mit den Worten: „Si mulier sit praeposita tenebitur et ipsa."

Ebenfalls eine Belegstelle ist l. 1. §. 24. de exercitoria actione.

„Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur; et ideo, si cum alterutro eorum actum est, cum altero agi non potest; sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso jure minuitur obligatio; sed et si ab exercitore, sive suo nomine, id est propter honorariam obligationem, sive magistri nomine solverit, minuetur obligatio, quoniam et alius pro me solvendo me liberat."

Es wird nicht solidarische Verbindlichkeit gegen den Praeponenten und Institor, sondern nur die Wahl begründet, einen oder den andern zu belangen. Was also hinsichtlich des einen rechtskräftig entschieden worden, ist es auch hinsichtlich des andern; und die alternative, gegen den einen oder andern klagbare Verbindlichkeit wird getilgt oder gemindert, welcher von ihnen beiden auch die Zahlung leisten möge.

Daraus folgt aber auch, dass es von gar keinen den Praeponenten liberirenden Folgen ist, wenn in der Person des Institors oder magister navis irgend einer Art Veränderungen vor sich gehen.

Man vgl. hiermit l. 4. cit.

„§. 3. Si servus sit, qui navem exercuit voluntate domini, et alienatus fuerit, nihilominus is, qui eum alienavit, tenebitur; proinde et si decesserit servus, tenebitur; nam et magistro defuncto tenebitur."

„§. 4. Hae actiones perpetuo, et heredibus, et in heredes dantur; proinde et si servus, qui voluntate domini exercuit, decessit, etiam post annum dabitur haec actio, quamvis de peculio ultra annum non detur.

Ebenso

„l. 19. §. 1. de instit. act. Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutabitur periculi causa.

Was den in den Worten: „den Institor jedoch, nur insoweit das Geschäft Mittel etc." bemerkten Unterschied zwischen institoria und exercitoria anlangt, so deutet nichts in den Gesetzen darauf hin, dass gegen den Schiffsführer die Klage nur insoweit stattfinde, als das Schiff und was in und mit selbigem dem Führer ist anvertraut worden, ein ausreichendes Object der Execution bietet; wie denn auch es eine missliche Sache wäre, wenn man in einem vielleicht hunderte von Meilen von des exercitoris Gerichtsstande entfernten Seeplatze sich dieser Beschränkung des Klagerechts unterwerfen müsste. Andere Rücksichten treten bei der institoria ein. Erstlich wird man den Praeponenten in den meisten Fällen nicht viel weiter haben, als den Institor, und sodann spricht ja derjenige, der in Gemässheit einer legis praepositionis in Beziehung auf ein fremdes Interesse contrahirt, deutlich genug durch die That selbst aus, dass es nicht seine Absicht sein kann, gleichsam Bürgschaft zu leisten, dass er von der Ansicht ausgeht, dass er das Mittel zur Zahlung nur in dem Geschäfte habe.

Deutlich scheint diese Meinung des Verfassers auch in l. 20. de inst. act. vorzuliegen.

„Lucius Titius mensae nummulariae, quam exercebat, habuit libertum praepositum; is Cajo Sejo cavit in haec verba: Octavius Terminalis, rem agens Octavii Felicis, Domitio Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie Kalendas Maias. Quaesitum est: Lucio Titio defuncto sine herede, bonis ejus venditis, an ex epistola jure conveniri Terminalis possit? Respondi: nec jure his verbis obligatum, nec aequitatem conveniendi eum superesse, quum id institoris officio, ad fidem mensae protestandam, scripsisset."

Des Titius Institor bei einer Wechselbank stellt dem Sejus einen Schein des Inhalts aus, dass er dessen Guthaben in dem Geschäfte des Praeponenten jenem an einem bestimmten Tage auszahlen werde. Die Frage: ob d a d u r c h der Institor für seine P e r s o n verpflichtet werde, hätte gar nicht entstehen können, wenn er durch die mit Sejus von ihm als Institor geschlossenen Geschäfte, demselben ohnehin persönlich wäre verhaftet gewesen. Und nun betrachte man den Grund, aus welchem, nachdem Titius verstorben, und weil kein Erbe da war, dessen sämmtliche Güter für Rechnung der Gläubiger waren verkauft worden, und somit auch keine Masse der mensae numulariae mehr übrig war, die Entscheidung dahin ausfiel, dass Sejus sich nicht an den gewesenen Institor halten könne. Dieser soll nicht verpflichtet sein, weil er im eignen Namen keine Verpflichtung übernommen, bloss eine von der Firma, so

zu sagen, zu erfüllende Verbindlichkeit anerkannt habe. Ganz in derselben Lage ist jeder für Rechnung des ihm anvertrauten Geschäftes contrahirende Institor.

Noch ist zu bemerken, dass der Institor, nicht weil er contrahirt hat, sondern weil er in Gemässheit der Praeposition contrahirt hat, den Praeponenten verbindlich gemacht hat, dass die Praeposition der Grund der Verbindlichkeit des Praeponenten ist. Demnach kann dieser obligat werden, ohne dass es der Institor selbst braucht geworden zu sein.

M. vgl. l. 7. §. 1. u. 2.

„Parvi autem refert, quis sit institor, masculus an femina, liber an servus, proprius vel alienus. Item quisquis praeposuit; nam et si mulier praeposuit, competet institoria, exemplo exercitoriae actionis; et si mulier sit praeposita, tenebitur eam ipsá. Sed et si filia-familias sit vel ancilla praeposita, competit institoria actio.“

„§. 2. Pupillus autem institor obligat eum, qui eum praeposuit, institoria actione, quoniam sibi imputare debet, qui eum praeposuit.“

„l. 8. Nam et plerique pueros puellasque tabernis praeponunt.“

Hiermit sind noch zu verbinden

„l. 9. Verum si ipse pupillus praeposuerit, si quidem tutoris auctoritate, obligabitur, si minus, non.“

und l. 10. l. 11. §. 1.

„Eatenus tamen dabitur in eum actio, quatenus ex ea re locupletior est.“

„Sed et si minor vigintiquinque annis erit, qui praeposuit, auxilio aetatis utetur non sine causae cognitione.“

Die Praeposition ist die den Praeponenten verbindende Handlung. Demnach kann gegen den Praeponenten nur insofern mit Erfolg geklagt werden, als er überhaupt obligatorische Handlungen vollziehen kann, oder in Folge der Praeposition bereichert, oder auch nicht in dem Falle ist, gegen die Praeposition Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erlangen.

Die eben citirten Stellen enthalten demnach nichts der Lehre von der institoria Eigenthümliches. Parallel mit den citirten Stellen laufen im Titel de exercitoria actione l. 1. §. 4. und §. 16.

„Cujus autem conditionis sit magister iste, nihil interest, utrum liber, an servus, et utrum exercitoris, an alienus; sed nec cujus aetatis sit, intererit, sibi imputaturo, qui praeposuit.“

„§. 16, Parvi autem refert, qui exercet, masculus sit, an mulier, pater-familias, an filius-familias, vel servus; pupillus autem si navem exerceat, exigemus tutoris auctoritatem.“

§. 17.

Zu dem Satze unter Num. 15.

Ueber des Institors Verhältniss zu dem Praeponenten.

Was sich zu dem Satze unter Num. 13. gesagt findet, enthält zugleich die Rechtfertigung des in der Ueberschrift angezogenen Satzes.

§. 18.

Ueber die institoria actio gegen die Praeponenten mehrerer Institoren.

Zu Num. 16.

Belegstellen sind l. 11. §. 5. de instit. act. und l. 1. §. 13. u. 14. de exercit. actione.

Man rufe sich den Satz unter Num. 6. in das Gedächtniss. Nach §. 5. cit. kann mit dem dort bemerkten Anschlage der Zweck erreicht werden, dass der Praeponent es zur Kenntniss des Publikums bringt, wenn er entweder nur aus solchen Contracten gehalten sein wollte, die mit sämmtlichen Institoren, oder nur aus solchen, die mit diesem oder jenem Institor geschlossen worden. Weder die eine noch die andere Bestimmung hätte man als Ausnahme bekannt zu machen gehabt, wenn es nicht Regel gewesen wäre, dass, um den Praeponenten zu verbinden, es ausreicht, mit einem einzigen oder den mehreren Institoren contrahirt zu haben.

l. 1. §. 13. und 14. de exercit. actione stimmen hiermit überein.

„Si plures sint magistri, non divisis officiis, quodcunque cum uno gestum erit, obligavit exercitorem; si divisis, ut alter locando, alter exigendo, pro cujusque officio obligabitur exercitor.“

„§. 14. Sed et si sic praeposuit, ut plerumque faciunt, ne alter sine altero quid gerat, qui contraxit cum uno, sibi imputabit.“

Mit §. 13. ist die Bemerkung zu verbinden, dass Institoren, die divisis officiis bestellt sind, eigentlich keine Mehrheit von Institoren bilden. Wenn zu derselben Vermögensverwaltung, Betreibung desselben Gewerbes oder zu einer und der-

selben Gattung bei Betreibung eines Gewerbes erforderlicher Geschäfte, mehr als ein Individuum bestellt ist, — man vergl. Num. 1. — nur dann lässt sich von einer Mehrheit von Institoren sprechen. Ist ein magister navis bestellt, Frachtaccorde zu schliessen, der andere, die Cassengeschäfte zu besorgen, so haben wir verschiedene Gattungen von Geschäften und einen magister für jede. Sind die magistri nicht divisis officiis angestellt, haben wir also deren eine Pluralität, so verbindet den exercitorem, was mit irgend einem einzelnen, somit aber auch, was mit allen ist abgeschlossen worden. Und (§. 14.) man muss die Wahl haben, mit einem oder mit allen zu contrahiren, da es sonst keiner Bestimmung bedürfte, wenn man **nur** mit allen zusammen verbindlich für den Praeponenten sollte contrahiren können.

§. 19.

Ueber die Verbindlichkeiten mehrerer Praeponenten, die einen Institor bestellt haben.

Zu Num. 17.

Man vergleiche aus dem Titel de instit. act. l. 13. §. 2. und l. 14.

„Si duo pluresve tabernam exerceant, et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur, an pro aequalibus? an pro portione mercis, an vero in solidum? Julianus quaerit: Et verius esse ait, exemplo exercitorum et de peculio actionis, in solidum unumquemque conveniri posse; et quicquid is praestiterit, qui conventus est, societatis judicio vel communi dividundo consequetur. Quam sententiam et supra probavimus.“

„l. 14. Idem erit, et si alienus servus communi merci praepositus sit; nam adversus utrumque in solidum actio dari debet, et quod quisque praestiterit, ejus partem societatis vel communi dividundo judicio consequetur; certe ubicunque actio societatis vel communi dividundo cessat, quemque pro parte sua condemnari oportere constat; veluti si is, cujus servo creditum est, duobus heredibus institutis, ei servo libertatem dederit; nam heredum quisque pro sua parte conveniendus est, quia cessat inter eos communi dividundo judicium.“

Julianus warf die Frage auf:

Wenn mehrere ein und dasselbe Geschäft durch einen Institor betreiben, der ihr Sclav, jedoch zu ungleich intellectuellen Antheilen ist, wie sind sie gehalten? Zu gleichen Theilen oder in Verhältniss der verschiedenen Eigenthumsantheile an dem Sclaven, oder endlich in Verhältniss ihrer Antheile an dem Geschäftsfond? Die Antwort war: „in solidum.“ Dass

hierin eine Gleichstellung mit der actio de peculio liegt, diess interessirt nicht für den vorliegenden Zweck. Dass der Regress des Beklagten „societatis judicio vel communi dividundo“ genommen werde, davon weiter unten.

Zu l. 14. ist zu bemerken, dass, es mag nun mehrerer Praeponenten eigner Sclave oder ein fremder deren Institor sein, diess für den Mitcontrahenten desselben etwas gleichgültiges ist.

Wenn (zu den Worten in l. 14. „certe ubicunque actio etc.“) des Praeponenten, der dem Stichus seinen Sclaven zum Institor gemacht hatte, Erben A und B belangt werden, alsdann sind sie nicht Praeponenten und die in dem facto ihres Erblassers begründete institorische Klage theilt sich unter die Erben, wie jede Schuld, zu welcher der Erblasser solidarisch gehalten war. Noch eine Möglichkeit wäre übrig, die Erben solidarisch zu belangen. Der Kläger nämlich hat mit einem Sclaven contrahirt, und daher kann er, wenn dieser ein ausreichendes Peculium hat, mit Erfolg statt der institoria die nach l. 13. §. 2. gegen des Sclaven Eigenthümer in solidum anstellbare actio de peculio erheben. Diese Voraussetzung aber fällt hinweg, wenn der Sclave im Testamente die Freiheit erhalten hat.

Diess alles ist nichts der institorischen Klage Eigenthümliches, und eben so wenig sind es die Sätze, dass gegen mehrere Praeponenten, wenn der eine gezahlt hat, societatis judicio, gegen mehrere Eigenthümer desselben Sclaven, von denen einer in Folge der act. de peculio gezahlt hat, judicio de communi dividundo regredirt wird.

Aus dem Titel de actione exercit. gehört hierher: l. 1. §. 25. l. 2. l. 3. l. 4. pr. §. 1. und 2.

„l. 1. §. 25. Si plures navem exerceant, cum quolibet eorum in solidum agi potest,“

„l. 2. ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit.“

„l. 3. Nec quicquam facere, quotam quisque portionem in nave habeat; eumque, qui praestiterit, societatis judicio a caeteris consecuturum.“

„l. 4. pr. Si tamen plures per se navem exerceant, pro proportionibus exercitionis conveniuntur; neque enim invicem sui magistri videntur.“

„§. 1. Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistro fecerint, hujus nomine in solidum poterunt conveniri.“

„§. 2. Sed et si servus plurium navem exerceat voluntate eorum, idem placuit, quod in pluribus exercitoribus; plane

si unius ex omnibus voluntate exercuit, in solidum ille tenebitur; et ideo puto, et in superiore casu in solidum omnes teneri."

l. 3. bestätiget in Beziehung auf exercitores navis, dass mehrere Praeponenten solidarisch und ohne Berücksichtigung der verschiedenen Antheile haften, die sie an dem Geschäfte haben.

Wenn mehrere Schiffseigenthümer selbst die Schiffsführung betreiben, so sind sie nicht magistri navis (l. 4. pr.) und also auch wie andre Contrahenten, hinsichtlich deren kein besonderer Grund einer solidarischen Verbindlichkeit eintritt, nur pro rata gehalten, wogegen, wenn mehrere exercitoren (§. 1.) einen aus ihrer Mitte zum magistro navis machen, die exercitoria ihrer Natur nach solidarisch gegen alle stattfindet, indem auch der als magister navis fungirende exercitor zwar nicht als exercitor, wohl aber als magister navis auf das volle Object belangt werden kann, da man die Wahl hat, gegen den magister navis oder die exercitoren zu klagen.

§. 2. l. cit. ist etwas dunkel und also zu paraphrasiren:

Für den Fall, wo mehrerer Exercitoren Sclave, nach deren gemeinsamen Willen, die Schiffsführung betreibt, hat man die Meinung gebilliget (placuit), diess sei anzusehen, als betrieben jene sämmtlich die Schiffsführung persönlich, und wären darum nur zu ihren Antheilen zu belangen. Allein, wer einen Schiffsführer bestellt hat, muss vollständig für dessen Verbindlichkeiten einstehen, und also auch der einzelne von mehreren Exercitoren, der einen solchen bestellt hat. Im obigen Falle haben alle den Sclaven angestellt, und also findet hinsichtlich eines jeden Einzelnen die Voraussetzung statt, nach der er solidarisch zu halten ist.

§. 20.

Ueber das Erlöschen der Befugnisse des Institors durch des Praeponenten Tod.

Zu Num. 18.

Die Sätze unter Num. 18. beruhen auf l. 5. §. 17. de instit. act.

„Si ab alio institor sit praepositus, is tamen decesserit, qui praeposuit, et heres ei exstiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit; nec non si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, aequum est, ignoranti dari institoriam actionem."

Es fragt sich aber, denn darüber spricht sich die Stelle nicht aus, muss der Kläger, der gegen den Erben klagt, aus Geschäften, die von ihm mit dem Institor vor Antritt der Erb-

schaft sind geschlossen worden, darthun, dass ihm des Erblassers Tod unbekannt gewesen — womit allerdings der Beweis einer unendlichen Negative gefordert wird — oder wird diese Unbekanntschaft vorausgesetzt, bis der Erbe die Kenntniss nachgewiesen hat? Man muss ersteres annehmen. Denn die Worte: „ignoranti datur actio" scheinen allerdings auszusprechen, dass die Klage nur dann für statthaft angesehen wird, wenn die Frage über jene Kenntniss oder Unkenntniss als eine präjudicielle zu des Klägers Vortheil entschieden ist. Bei den Eigenthümlichkeiten des Römischen Prozessverfahrens lassen sich in zahlreichen Fällen die Grundsätze, wonach der heutige Prozess die Beweislast unter den Parteien vertheilt, gar nicht mit den Römischen Ansichten in vergleichende Parallele stellen.

Man vgl. hiermit das Werk des neuesten und trefflichsten Schriftstellers über den Röm. Prozess: *Handbuch des Civilprozesses von Bethmann-Hollweg*. 1. *Abth.* 1r *Band. Bonn* 1834. *S.* 263.

Conform mit §. 17. cit. ist die in l. 11. pr. gegebene Entscheidung.

„Sed si pupillus heres exstiterit ei, qui praeposuerat, aequissimum erit, pupillum teneri, quamdiu praepositus manet; removendus enim fuit a tutoribus, si nollent opera ejus uti."

Wenn ein Unmündiger Erbe geworden ist, und dessen Vormünder den bisherigen Institor das Geschäft fortsetzen lassen, so sind des letzteren Mitcontrahenten in demselben Verhältnisse, in welchem sie sich befänden, wenn sie mit dem Institor eines mündigen Erben contrahirt hätten. Dass die Vormünder dafür einzustehen haben, wenn sie, die den Institor nicht removirten, auf diese Weise etwas gegen des Pupillen Interesse verabsäumt haben, versteht sich von selbst und brauchte am wenigsten hier erwähnt zu werden. Nur die Frage könnte hier aufgeworfen werden, ob nicht der Pupille Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen jene Verabsäumung fordern könne. Die Beantwortung derselben hängt aber mit der umfassenderen, in der Lehre von der Vormundschaft zu beantwortenden zusammen: inwieferne die restit. in integrum nicht blos Facta aufheben, in ihren Wirkungen als nicht gefolgt behandeln oder auch Facta suppliren, Folgen aus nicht vorhandenen Praemissen könne eintreten lassen.

„l. 17. §. 2. de inst. act. Si impubes patri habenti institores heres exstiterit, deinde cum his contractum fuerit, dicendum est, in pupillum dari actionem, propter utilitatem promiscui usus, quemadmodum ubi post mortem tutoris, cujus auctoritate institor praepositus est, cum eo contrahatur."

Der Erbe muss gegen sich gelten lassen, was nach des

Erblassers Tode der von diesem bestellt gewesene Institor gethan hat. Es ist kein Grund vorhanden, in dieser Beziehung für unmündige Erben eine Ausnahme zu machen; denn wäre ihnen auch das Resultat unerwünscht, so ist doch jedenfalls nicht die Unmündigkeit die Veranlassung, die es herbeigeführt hat. Dass nach Ableben des Vormundes, welcher für den Unmündigen einen institor bestellt hat, dieser fort und fort verbindlich für den Mündel handelt, beruht nicht auf Grundsätzen der institorischen Klage.

Da die gemeinsamen Arten des Erlöschens der Verbindlichkeiten nicht bei jeder einzelnen wiederholt zu werden brauchen, so gnügt es, l. 13. §. 1. de instit. hier nur anzuführen.

„Meminisse autem oportebit, institoria dominum ita demum teneri, si non novaverit quis eam obligationem, vel ab institore, vel ab alio novandi animo stipulando."

Z. B. ich habe von einem Procuristen für Rechnung des unter seiner procura stehenden Geschäftes gekauft, und komme nachträglich mit ihm überein, dass der Handel auf seine eigne Rechnung abgeschlossen sein soll, oder: nachdem ich mit einem Procuristen contrahirt habe, entlasse ich ihn der Verbindlichkeit, weil ein anderes Handlungshaus sein Debet übernimmt.

Ebenfalls nur zu erwähnen ist l. 15.

„Novissime sciendum est, has actiones perpetuo dari et in heredem et heredibus."

Eine offenbare Antinomie mit l. 5. §. 17. cit. bildet l. 17. §. 3. eod. „Ejus contractus certe nomine, qui ante aditam hereditatem intercessit, etiamsi furiosus heres exsistat, dandam esse actionem, etiam Pomponius scripsit; non enim imputandum est ei, qui s c i e n s, d o m i n u m d e c e s s i s s e, cum institore exercente mercem contrahat."

Da der Institor nur eine besondere Art von Mandataren ist, so erfordert die Consequenz (man vergl. Num. 3. pag. 77. u. 78. und *Anton Faber, conjecturar. juris civ. lib. II. cap.* 11.), der l. 5. §. 17. den Vorzug zu geben. Könnte man mit Anton Faber nesciens statt sciens lesen, so wäre man über alle Schwierigkeiten weg. Dass äussere Hülfsmittel der Kritik diess Unternehmen nicht rechtfertigen, hat *Glück (Th.* 14. *Abth.* 1. *p.* 263.*)* nachgewiesen.

Anhang.

Erörterung in den vorhergegangenen §§. noch nicht angezogener Stellen, und zu dem Titel des Codex de instit. et exercit. act. (4. 25.)

§. 1.

Aus dem Titel de institoria actione.

In unzertrenntem Zusammenhange sind zu betrachten die Stellen:

a) l. 11. §. 7. u. 8. und l. 12.

„Si institoria recte actum est, tributoria ipso jure locum non habet; neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica; quod si non fuerit institor dominicae mercis, tributoria superest actio.“

„§. 8. Si a servo tuo operas vicarii ejus conduxero, et eum merci meae institorem fecero, isque tibi mercem vendiderit, emtio est; nam cum dominus a servo emit, est emtio, licet non sit dominus obligatus, usque adeo, ut etiam pro emtore et possidere, et usucapere dominus possit.“

„l. 12. Et ideo utilis institoria actio adversus me tibi competet, mihi vero adversus te vel de peculio dispensatoris, si ex conducto agere velim, vel de peculio vicarii, quod ei mercem vendendam mandaverim; pretiumque, quo emisti, in rem tuam versum videri poterit, eo quod debitor servi tui factus esses.“

Die Worte in §. 7.: „Si institoria . . . non habet“ können nach heutiger Terminologie also paraphrasirt werden: die actio tributoria hat schlechterdings nicht statt, wenn die institoria statthafter Weise ist angestellt worden. Ruft man sich nun vor allen Dingen in das Gedächtniss, dass die institoria auf Geschäften beruht, die der Sclave für Rechnung des Herrn betreibt, und die tributoria auf Geschäften, die der Sclave auf eigene Rechnung betreibt, so wird man jene Stellen verständlich und, insoweit nöthig, erläutert durch folgendes Beispiel finden.

A klagt gegen den B: Deinem, als Institor für einen Oelhandel angestellten Sclaven habe ich zum Einkaufe von Oel

100 Thlr. geborgt, deren Rückzahlung ich von dir, dem B, fordere.

Diess alles muss B einräumen, oder es wird erwiesen. Somit aber muss man sagen: „institoria recte actum est". Jedoch der richtig angestellten Klage ungeachtet, so denke man sich den Fall weiter, wird und kann B nicht verurtheilt werden, weil er exceptivisch anführt und darthut, dass der A dem Sclaven geborgt hat, ohngeachtet erhaltener Warnung, sich nicht mit demselben in Geschäfte einzulassen. Nunmehr versucht A sein Heil gegen den B mittelst der actionis tributoriae; weil B gewusst, dass der Sclave den Oelhandel betreibe, soll B ihn aus des Sclaven peculium befriedigen. Die vorhergegangene, erfolglos angestellte Klage macht die nachherige schlechterdings unstatthaft, denn die tributoria findet nur statt in Beziehung auf Geschäfte, für welche des Sclaven peculium den Geschäftsfond abgiebt, dass aber in dem Geschäft, auf dem die anderweitige Klage beruht, kein peculium des Sclaven, sondern die merx dominica den Geschäftsfond gebildet habe, das liegt in Folge der zuerst angestellten Klage aktenkundig vor: „neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica." Wenn dagegen im Laufe des zuerst angestellten Prozesses weder von dem Beklagten eingeräumt, noch von dem Kläger bewiesen wird, dass der Sclave des Beklagten Institor gewesen, dann steht nichts entgegen, die Befriedigung von B mittelst der actionis trib. zu suchen. „Quod si non fuerit institor dominicae mercis, tributoria superest actio."

Der Fall im §. 8. cit. ist folgender: Vicarius heisst des servi servus, der Sclave, den der Herr zur Verfügung eines andern Sclaven (dispensatoris) gestellt hat. Nun hatte A von des B Sclaven des letztern vicarius gemiethet, und diesen ermietheten fremden Sclaven in seinem, des A, Geschäfte als Institor angestellt, und B hat von eben diesem Institor und also von seinem eignen Sclaven gekauft. Obschon der Herr nicht mit den eigenen Sclaven contrahiren und am allerwenigsten aus Geschäften, die unter ihnen geschlossen worden, gegenseitige Klagen können gegeben werden, so ist doch dieser Kauf gültig. B hat titulo emti den Besitz erworben, und ist daher publicianischer Eigenthümer, und wenn die usucapio hinzukommt, auch Quiritarischer Eigenthümer.

l. 12. spricht sich darüber aus, wie unter solchen Umständen es um des A und des B gegenseitige Klagerechte stehe.

B kann aus diesem Geschäfte die institorische Klage gegen den A anstellen, die jedoch unter solchen Umständen als eine utilis, gegen den tenor des strengen Rechtes verstattete, bezeichnet wird; diess ohnstreitig um desswillen, weil in einem solchen Falle nach römischer Ansicht insofern kein Contract

geschlossen war, als niemand mit sich selbst, und also niemand mit seinem eignen Sclaven klagbarer Weise contrahiren kann. („Et ideo utilis institoria actio adversus me tibi competet.“)

Wie klagt nun aber A gegen den B, um den Kaufpreis zu erhalten?

1. de peculio und zwar entweder de peculio dispensatoris ex conducto, oder de peculio vicarii aus dem Mandate; de peculio des erstern insofern, als er von dem dispensator den vicarius gemiethet hat; de peculio des letzteren, insofern der vicarius von dem A zur Geschäftsführung ist beauftragt worden.

2) de in rem verso und zwar gegen B selbst; denn B hat von seinem Sclaven gekauft, ist also den Kaufpreis einem Gläubiger schuldig geworden, der ihn niemals von ihm einklagen kann. B ist also insofern bereichert, als er gekauft und übergeben erhalten hat, und das Kaufgeld, wenigstens dem Verkäufer gegenüber, innebehalten darf. —

b) „l. 17. §. 1. Si servum Titii institorem habueris, vel tecum ex hoc edicto, vel cum Titio ex inferioribus edictis agere potero. Sed si cum eo contrahi vetuisti, cum Titio duntaxat agi poterit.“

Wenn ich des Titius Sclaven zu meinem Institor gemacht habe, so kann, wer mit dem Institor contrahirt hat, gegen mich die institoriam anstellen. Gegen eben diesen Institor kann er nicht klagen, denn der Sclave hat keine personam standi in judicio. Allein er kann, insoweit die besonderen Eigenthümlichkeiten der gleich zu benennenden Klagen geeignet sind, Erfolg zu haben, de peculio, quod jussu oder de in rem verso klagbar gegen den Herrn des Sclaven werden; als welche Rechtsmittel weiter unten in lib. XV. tit. 1. 3. u. 4. erläutert werden. Nur sie, und gar nicht die institoria, gegen den Praeponenten findet statt, wenn der Kläger besonders ist verwarnt gewesen, nicht mit dem Institor zu contrahiren. Letzteres ist schon bemerkt worden.

c) „§. 5. eod. Ex hac causa etiam condici posse, verum est.“

Die Stelle steht in engster Beziehung zu §. 4. l. cit. Wenn Jemand der Klage, die aus seines Institors Contracte gegen ihn erhoben wird, die Einrede entgegenstellt, der Kläger sei verwarnt gewesen, nicht mit jenem zu contrahiren, diese Einrede aber von dem Kläger mittelst der Replik beseitigt wird, des Sclaven Peculiar-Vermögen sei in Folge des Geschäftes vermehrt, oder auch die Verwendung in des Herrn Güter vor sich gegangen, so wird die institoria aufrecht erhalten. Anstatt aber die institoria so mittelst einer Replik durch-

zusetzen, hätte (§. 15.) der Kläger letztere gleich als eine Klage, und zwar de in rem verso, ausführen können.

Man vgl. §. ult. I. „quod cum eo, qui in aliena potestate“ (4. 7.) u. l. 29. de R. C. (12. 1.)

d) „l. 19. §. 2. Tabernae praepositus a patre filius mercium causa mutuam pecuniam accepit; pro eo pater fidejussit; etiam institoria ab eo petetur, quum acceptae pecuniae speciem fidejubendo negotio tabernae miscuerit.“

Wenn der Vater für seinen Sohn, der dessen Institor ist, und als solcher zu Betreibung des Geschäftes nöthige Gelder geborgt hat, sich zugleich verbürgt, so kann der Gläubiger gewiss den Vater als Bürgen in Anspruch nehmen. (Man vgl. S. 125.) Dass aber dadurch die institoria nicht ausgeschlossen ist, leidet keinen Zweifel; denn dadurch, dass vermittelst der Bürgschaft dem Geschäfte das Ansehen gegeben worden ist, als habe der Sohn geborgt auf eigne Rechnung, („acceptae pecuniae species fidejubendo negotio tabernae mixta“), kann der materielle Gehalt des Geschäftes nicht geändert werden.

§. 2.

Aus dem Titel de exercitoria actione.

Im Wesentlichen auf den eigenthümlichen Grundsätzen beruhend, welche das Römische Recht über die hausherrliche Gewalt, die ihr untergebenen Personen und deren Vermögensverhältnisse ausgebildet hat, war die Stelle l. 1. §. 19. — 23. de exercitoria actione nicht geeignet, daraus in den heutigen Rechtsverhältnissen anwendbare Grundsätze zu abstrahiren. Nicht uninteressant ist aber schon um desswillen jene Stelle, weil wir aus ihr einen Unterschied kennen lernen, den die Römer hinsichtlich der institoriae und exercitoriae machten.

„§. 19. Si is, qui navem exercuit, in aliena potestate erit, ejusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro ejus gestum erit, in eum, in cujus potestate is erit, qui navem exercuit, judicium datur.“

Wenn Jemand, der in fremder Gewalt befindlich ist, (und also — §. 21. leg. cit. *) — ein Haussohn oder Tochter, Sclave oder Sclavin) das Gewerbe eines Schiffsherrn treibt, und zwar mit Bewilligung desjenigen, in dessen Gewalt er sich befindet, so soll aus dem, was mit dem magistro navis eines solchen Schiffsherrn contrahirt worden, gegen den geklagt werden kön-

*) „In potestate autem accipiemus utriusque sexus, vel filios vel filias, vel servos vel servas.“

nen, in dessen hausherrlicher Gewalt sich der exercitor befindet.

Bis hierher erfahren wir nichts, was wir nicht schon aus l. 1. de tribut. act. 14. 4. wissen; denn der Activbestand des Geschäftes, welches eine in fremder Gewalt befindliche Person mit Willen, oder doch mit Vorwissen und ohne Widerspruch desjenigen treibt *), in dessen Gewalt sie sich befindet, bildet den Fond, aus welchem der Hausherr, in Folge der actionis tributoriae, soweit jener Fond ausreicht, zahlen muss, was der Sohn oder Sclave selbst zahlen müsste, wenn er sui juris wäre.

Allein aus §. 23. l. cit. ersehen wir, dass im §. 19. nicht die actio tributoria gemeint ist, sondern, dass nach dem Edicte des Praetors aus Contracten, die mit dem magistro eines Haussohnes oder Sclaven waren geschlossen worden, die exercitorische Klage konnte in solidum gegen den Hausherrn angestellt werden.

„Quamquam autem, si cum magistro ejus gestum sit, duntaxat pollicetur Praetor actionem, tamen, ut Julianus quoque scripsit, etiamsi cum ipso exercitore sit contractum, pater dominusve in solidum tenebitur.“

Wenn nach eben dieser Stelle der Gerichtsbrauch auch dann gegen den Hausherrn die solidarische Klage gestattete, dafern nicht mit dem magistro navis, sondern mit dem Sohne oder Sclaven, als Herrn des Schiffes, war contrahirt worden, so bedarf einerseits diess keiner Rechtfertigung, und andererseits gehört es nicht in die Lehre von der exercitoria actione.

Ueber jene solidarische, nach §. 23. in dem Edicte des Praetors gegebene Klage enthält §. 20. folgende Bemerkungen:

a) Die Klage gegen den Hausherrn wird nur dann gegeben, wenn die in seiner Gewalt befindliche Person die exercitio navis ejus voluntate ergriffen hat.

b) In solidum wird dieselbe gegeben, weil das Publicum zu sehr würde gefährdet werden, wenn bei der navis exercitio denjenigen, die mit dem magistro navis contrahiren, nicht eine solche Garantie gegeben würde.

c) Bei Contracten, die mit Institoren geschlossen worden, treten solche Rücksichten nicht ein; darum findet hier nur das in Verbindung mit §. 19. l. cit. erörterte Klagrecht statt, d. h.

*) Man vergl. die Stelle l. cit. §. 3. „Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem. Sed, ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam; non enim velle debet dominus, sed non nolle; si igitur scit, et non protestatur et contradicit, tenebitur actione tributoria.“

die actio tributoria derer, „qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari sciente domino negotiatur.“

d) Hierbei wird die Frage aufgeworfen, ob diejenige voluntas eines Hausherrn, in Folge deren das Edict die in §. 23. bemerkte solidarische Klage gegen diesen gab, schon mit der blossen scientia vorhanden sei oder nicht.

e) Die Fassung des Edicts, heisst es weiter, verstattet ebensowohl das Eine als das Andere anzunehmen. Es erforderte die „voluntatem“, und der Wille kann sich allerdings in der blossen Kenntniss aussprechen, während andrerseits in unzähligen Fällen die Kenntniss von der Existenz eines Verhältnisses, obschon dasselbe von dem Willen eines Individuums abhängig ist, nicht so schlechterdings berechtigt, das Vorhandensein des einstimmenden Willens eben dieses Individuums vorauszusetzen. Der strenge Wortverstand aber unterscheidet zwischen voluntatem und scientiam; und den strengen Wortverstand muss man vorziehen, wenn es ungewiss ist, ob eine abweichende Auslegung den richtigen Sinn eines Gesetzes treffen wird. Daraus folgt

Erstens: die sola und nuda scientia darf bei der exercitio navis nicht zu eben solchen belastenden Folgerungen führen, wie die specielle voluntas. *)

Zweitens: wenn mit einem Institor contrahirt worden ist, als in welchem Falle die Begründung der tributoriae von der „scientia“ nach den Worten **) des Edicts abhängig ist, hat man nicht voluntatem im strengeren Sinne des Wortes zu erfordern.

Schliesslich folgt ein Ausspruch des Pomponius mit der Bemerkung, dass derselbe ohnstreitig in dem vorstehend entwickelten Sinne zu verstehen sei. Die Stelle wird nunmehr leicht verständlich sein.

„§. 20. Licet autem datur actio in eum, cujus in potestate est, qui navem exercet, tamen ita demum datur, si voluntate ejus exerceat. Ideo autem ex voluntate in solidum tenentur, qui habent in potestate exercitorem, quia ad summam rempublicam navium exercitio pertinet. At institorum non idem usus

*) Diess spricht Paulus in l. 6. pr. aus:

„Si servus non voluntate domini navem exercuerit, si sciente eo, quasi tributoria, si ignorante, de peculio actio dabitur.“

**) „l. 1. pr. de tribut. act. Hujus quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet, quippe quum de peculio duntaxat teneatur, cujus peculii aestimatio deducto eo, quod domino debetur, fit, tamen, si scierit, servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor, ex hoc edicto in tributum vocetur.“

est; ea propter in tributum duntaxat vocantur, qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari sciente domino negotiatur. Sed si sciente duntaxat, non etiam volente, cum magistro contractum sit, utrum quasi in volentem damus actionem in solidum, an vero exemplo tributoriae dabimus? In re igitur dubia melius est, verbis edicti servire, et neque scientiam solam et nudam patris dominive in navibus onerare, neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem. Et ita videtur et Pomponius significare: si sit in aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari; si minus, in peculium."

Schwieriger ist §. 22. desselben Gesetzes. Die Stelle wird verständlich in dem Zusammenhange mit dem, was in §. 23. cit. desselben Fragmentes gesagt worden ist.

Obschon (§. 20. u. 23.) der Hausherr nach den Worten des Edicts nur in solidum gehalten wird, hinsichtlich dessen, was mit dem magistro navis, einer in seiner Gewalt befindlichen und mit seinem Wissen exercitionem navis treibenden Person, ist contrahirt worden, so soll doch — wie schon oben gedacht — der Hausherr in solidum gehalten werden, auch wegen dessen, was mit einem solchen exercitor selbst contrahirt worden.

Daraus erklärt sich, was §. 22. besagt.

„Si tamen servus peculiaris volente filiofamilias, in cujus peculio erat, vel servo (volente) vicarius, (qui in ejus peculio erat), ejus navem exercuit, pater dominusve, qui voluntatem non accommodavit, duntaxat de peculio tenebitur, sed filius ipse in solidum. Plane si voluntate domini vel patris exercuit, in solidum tenebitur, et praeterea et filius, si et ipse voluntatem accommodaverit, in solidum erit obligatus."

Wenn mit Willen eines filii-familias dessen Peculiar-Sclave, oder eines Sclaven vicarius, mit des Sclaven Willen, den exercitor navis macht, so wird der Hausherr, der dazu nicht auch seinen Willen gegeben hat, nur de peculio gehalten. (Ebenfalls mittelst der tributoriae wäre er gehalten, wenn auch nur seine scientia stattgefunden hätte.) Der filius-familias (und der Sclave) selbst haften in solidum, (man kann zwar gegen den filius-familias und den Sclaven nicht klagen, allein naturaliter wird einer und der andere verbunden, und darum können Bürgen für die Verbindlichkeit eintreten), Herr und Vater aber werden in solidum verhaftet, wenn sie dazu die Einwilligung erklärt haben.

Die Worte: „et praeterea et filius etc." scheinen eine müssige Wiederholung zu enthalten.

l. 5. pr. Auf die juristische Persönlichkeit dessen, mit dem, als dem magister navis eines Andern, Jemand contrahirt,

kommt nichts an, insofern die exercitoria gegen den Praeponenten soll begründet werden, sondern nur darauf, ob der Contract in dem Umfange der Praeposition gelegen. Demnach behindert es den Kläger nicht, aus Contracten zu klagen, die er mit einem in seiner Gewalt befindlichen magister navis abgeschlossen. Dasselbe muss um so mehr gelten, wenn der Institor in des Praeponenten und in des Mitcontrahenten gemeinschaftlicher Gewalt ist.

„Si eum, qui in mea potestate sit, magistrum navis habeas, mihi quoque in te competit actio, si quid cum eo contraxero. Idem est, si communis servus nobis erit."

Der Praeponent hat, wenigstens in der Regel, kein unmittelbares Klagrecht gegen des magister navis Mitcontrahenten, sondern nur ein devolvirtes, in Gemässheit von dem magistro navis bewirkter Klagabtretung. Wenn nun mein Sclave von Jemandem Andern gemiethet und von dem Ermiether als magister navis ist angestellt worden, und ich, sein Herr, habe mit ihm contrahirt, so wird gegen mich aus dem Miethcontracte auf Erfüllung der meinerseits übernommenen Verbindlichkeit geklagt. Denn der Sclave kann an sich Klagen nur seinem Herrn erwerben. Da nun aber mir aus den Verbindlichkeiten, die ich, in Gemässheit mit meinem Sclaven eingegangenen Contractes, übernommen, kein Klagrecht gegen mich selbst kann erworben werden, so bleibt in dem bemerkten Falle gegen mich nichts übrig, als die Klage ex conducto, auf Erfüllung des von mir mit meinem Sclaven eingegangenen Contractes.

„Ex locato tamen mecum ages, quod operas servi mei conduxeris."

Die in den folgenden Worten: „quia, etsi cum alio contraxisset, ageres mecum, ut actiones, quas eo nomine habui, tibi praestarem," enthaltene Bemerkung, dass, wenn mein Sclave mit Jemandem Andern als mit mir contrahirt hätte, ich ex conducto belangt werden könnte, die Klage gegen diesen Andern abzutreten, ist ganz richtig; allein sie enthält keine recht stringente Motive des Vorhergegangenen.

Wenn ich mir einen Freien als magister navis gemiethet hätte, so würde ich diesen unmittelbar ex conducto, und wenn ich ihn nur vi mandati zum magister navis gemacht hätte, actione mandati — man vgl. l. 1. de instit. act. — auf Klagabtretung belangen.

„quemadmodum cum libero, si quidem conduxisses, experireris; quod si gratuitae operae fuerint, mandati ages."

§. 1. l. cit. enthält nur die Anwendung des Satzes, dass, wer mit dem Institor oder dem magister navis contrahirt, die Wahl hat, diesen oder den Praeponenten zu belangen;

und daraus folgt, dass, wenn ein Sclave einen magister navis bestellt hat, und ich nicht gegen dessen Herrn klagen will, ich gegen den magister navis selbst klagen kann.

„Item si servus meus navem exercebit, et cum magistro ejus contraxero, nihil obstabit, quominus adversus magistrum experiar actione, quae mihi vel jure civili, vel honorario competit. Nam et cuivis alii non obstat hoc edictum, quo minus cum magistro agere possit; hoc enim edicto non transfertur actio, sed adjicitur.“

Hierbei ist zu bemerken, dass nach dem Obigen die Klage gegen den Herrn nur dann solidarisch war, wenn der Sclave voluntate ejus, d. h. in Gemässheit ausdrücklichen Willens sich der exercitio navis unterzogen hatte; wogegen dieselbe Klage als tributoria (wenn der Herr um des Sclaven exercitio navis nur gewusst hatte) oder de peculio (wenn auch sogar des Herrn blosses Vorwissen nicht stattgefunden hatte), zu unvollständiger Befriedigung führten, dafern die merx peculiaris oder das peculium nicht dazu ausreichten.

Die Worte: „hoc enim edicto non transfertur actio, sed adjicitur“ werden am schicklichsten so übersetzt: durch das Edict soll die Verbindlichkeit des Institors nicht auf den Praeponenten übergetragen, sondern nur die Wahl begründet werden, deren Erfüllung von dem Einen oder von dem Andern zu verlangen; denn adjicere ist überhaupt die juristische Bezeichnung einer Handlung, wodurch die Wahl in Hinsicht auf irgend etwas einem Verhältnisse Hinzukommendes soll gegeben werden. Z. B. in l. ult. §. 7. de V. O. . . „cum ita stipulor: si navis ex Asia venerit, mihi aut Titio dare spondes, Titii quoque persona sub eadem conditione adjici videtur.“

„l. 12. de oper. libert. . . . si libertatis causa pecuniam promittat libertus egenti patrono aut Titio, omnimodo adjectio Titii valet.“

l. 6. §. 1. bestätigt in specieller Hinsicht auf die exercitoria, was im Allgemeinen von der Mehrheit jeder Art von Praeponenten in dem Satze unter Num. 17. gesagt worden.

„Si communis servus voluntate dominorum exerceat navem, in singulos dari debebit in solidum actio.“

§. 3.

Zu l. 19. pr. de instit. actione, und über eine Modification, zu welcher die Ausbildung der instit. act. hinsichtlich des Mandat-Contractes geführt hat. *)

l. 19. pr. lautet also:

„In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio; quod aeque faciendum erit, et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit."

Dass man ebensowohl einen Freien als einen Sclaven zum Institor bestellen konnte, ist mehrmals bemerkt worden. Dass man einen Institor nicht kann bestellen, um bei dem A oder dem B Geld zu borgen, — was noch keine negotiatio sein würde — wohl aber, um überhaupt Gelder aufzunehmen, (pecuniis mutuis accipiendis), das ist bereits in Verbindung mit l. 13. eodem erwähnt worden.

Dass der Institor, wenn er ein Freier und nicht zu dem Zwecke von mir gemiethet worden ist, als Mandatar oder Procurator erscheint; dass, wenn der Institor die Erfüllung des Contractes mittelst Stipulation übernahm, dadurch die institoria gegen den Praeponenten ausgeschlossen wurde, nur in dem Falle, wo jene Stipulation novandi animo erfolgt war, — man vergl. l. 13. §. 1. eodem — das alles ist bemerkt worden.

Befremden muss es aber, dass nach dem pr. l. cit. in dem Falle, wo ein Sclave institor mutuis accipiendis pecuniis war, die institoria, und nach l. 19. pr. in dem Falle, wo ein Freier die gleiche Anstellung erhalten hatte, gegeben werden soll: „utilis ad exemplum institoriae actio."

Es beruht aber l. 19. pr. cit., aus lib. IIItio Respons. Papiniani genommen, ohnstreitig auf andern factischen Praemissen, als l. 13. pr. cit. So wenig man diess aus den angezogenen Stellen zu ersehen vermag, so evident wird es durch Vergleichung mit l. 31. pr. de negot. gest., aus lb. IIdo. Respons. Papiniani entnommen.

„Liberto vel amico mandavit, ut pecuniam acciperet mutuam; cujus literas creditor secutus contraxit, et fidejussor intervenit. Etiam si pecunia non sit in rem ejus versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fidejussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis."

*) Man vergl. hiermit, was als Anhang zu Cap. 3. u. 4. unter der Rubrik des Mandates S. 73 — 76 zu lesen.

Mittelst Briefes hatte Jemand einem Vertrauten aufgetragen, für ihn Geld zu borgen, — also eine gewisse Summe für ihn zu negociiren, — nicht aber die Aufnahme fremder Gelder als Geschäft zu betreiben, wie z. B. der Banquier. Der Beauftragte effectuirt diess Geschäft, borgt die bestimmte Summe und stellt einen Bürgen. Damit aber dürften weder Gläubiger noch Bürge sich befasst haben, wenn sie nicht jenen Brief gesehen und den Credit des Auftraggebers hätten ehren wollen. In einem solchen Falle soll actio negot. gestor. — diess die utilis nach l. 19. pr. — ad exemplum instit. act. gegeben werden.

Demnach würde die Frage, ob der Mandant aus des Mandatars mit dritten Personen geschlossenen Contracten diesen letzteren könne klagbarer Weise verbunden werden, bejahend nur unter der Voraussetzung zu beantworten sein, dass der Dritte in besonderer Hinsicht auf den Mandanten contrahirt hätte, und in Verbindung mit der Rubrik de negot. gestor. wäre zu untersuchen, nach welchen Kennzeichen man wohl jene Voraussetzung könne verwirklicht finden. Allein l. 5. C. de instit. et exercit. actione verweist diese Frage in vorliegende Rubrik und beantwortet dieselbe zugleich höchst durchgreifender Weise in folgender Maasse:

„Si mutuam pecuniam accipere a te Demetriano Domitianus mandavit, et hoc posse probare confidis, ad exemplum institoriae eundem Domitianum apud competentem judicem potes convenire.“

Demnach wird Jeder, der einem Andern Geld geliehen, die Klage aus dem Darlehn gegen denjenigen Dritten erheben können, gegen den er im Stande ist, zu beweisen, dass der Erborger in eben dieses Dritten Auftrage gehandelt habe, ganz abgesehen davon, inwiefern bei Eingehung des Geschäftes irgend eine Rücksicht auf einen Dritten möge genommen worden sein.

Abstrahiren wir nun weiter von dem vorliegenden Falle, und erheben wir die specielle Entscheidung zu einer allgemeinen Norm, so ergiebt sich, dass jede Zahlung oder in Gelde darstellbare Leistung nicht nur von demjenigen kann gefordert werden, der sich dazu verpflichtet, sondern auch von jedem Dritten, hinsichtlich dessen der nurbemerkte Beweis sich ausführen lässt.

§. 5.

Zu den übrigen Stellen in dem angezogenen Titel des Codex. (4. 25.)

„l. 1. Servus tuus pecuniam mutuam accipiendo ita de-

num te institoria actione obligavit, si, quum eum officio alicui vel negotiationi exercendae praeponeres, etiam ut id faceret, ei permissum a te probetur. Quodsi haec actio locum non habeat, si quid in rem tuam versum probabitur, actione in eam rem proposita cogeris exsolvere.“

Anstatt fördernd und erläuternd zu sein, kann diese Stelle vielmehr zu Verwirrungen führen. Ganz richtig ist es, dass, wenn der Sclave nicht erweislichermaassen zu Aufnahme von Geldern ermächtigt war, er durch contrahirte Schulden den Herrn solidarisch verbindlich machte, insofern sich die Verwendung in des Herrn Güter nachweisen liess. Allein die Stelle hebt nicht hervor, — ohnstreitig weil der concrete Fall dazu keine Veranlassung gab, — dass ein Institor zum Geldborgen nicht unbedingt bloss dann ermächtigt ist, wenn seine Anstellung besonders auch darauf erstreckt worden ist („cum eum proponeres, etiam ut id faceret ei permissum“); wie denn z. B. nach den Pandectenstellen der Institor, der zum Einkaufe von Waaren bestellt ist, der Factor eines in einem bestimmten Locale zu betreibenden Geschäftes eo ipso Geld zum Erkauf von Waaren und zu Berichtigung des Zinses für das ermiethete Local zu erborgen berechtigt ist.

l. 2. besagt dasselbe, was l. 1, nur mit der Erwähnung, dass die Herren aus der Sclaven Contracten de peculio gehalten werden, wenn nicht versio in rem oder eine verbindende Praeposition stattgefunden hat; was abermals ein zu eng gefasster Ausspruch ist, da auch die tributoria und die actio quod jussu stattfinden kann.

„Ex contractibus servorum, quamvis de peculio duntaxat domini teneantur, de eo tamen, quod in rem eorum versum est, vel cum institore, ex causa, cui praepositus fuit, contractum est, etiam in solidum posse conveniri, dubium non est.“

l. 3. Wenn, in Folge eines Sclaven erfolgter Praeposition für ein Wechselgeschäft, bei demselben eine Summe Geldes niedergelegt und deren Rückgabe nicht bewiesen worden ist, so findet die institoria gegen den Herrn des Geschäftes statt.

„Institoria tibi adversus eum actio competit, a quo servum mensae praepositum dicis, si ejus negotii causa, quod per eum exercebatur, deposita pecunia, nec reddita potest probari.“

Die Fassung der Stelle scheint anzudeuten, dass der Kläger die Deposition und die unterbliebene Rückgabe zu beweisen gehabt habe; „. . . si deposita pecunia, nec reddita potest probari.“ Diese Worte sind so zu verstehen: „si deposita (est) pecunia, nec reddita potest probari (solet; a reo).“ Die

Haloandrinische Lesart: „depositam pecuniam nec redditam“ giebt den entgegengesetzten, offenbar fehlerhaften Sinn.

Die Basiliken (XVIII. 1. 23.) wiederholen die Stelle bloss in dem Sinne, dass der Praeponent gehalten werden kann, wenn der Institor die Empfangnahme eines Depositums abzuläugnen unternimmt.

„Ἐαν ὁ δοῦλος προεβλήθη τῆς τοῦ δεσπότου τραπέζης, καὶ χρήματα λαβὼν ἀγνωμονῇ, κατέχεται ὁ δεσπότης τῇ κατὰ τοῦ προςτήσαντος ἀγωγῇ, ὡς προςτησάμενος ἀυτὸν.“

Die l. 1. §. 16. de exercit. actione macht die l. 4. C. entbehrlich.

„Etsi a muliere magister navi praepositus fuerit, ex contractibus ejus ea exercitoria actione ad similitudinem institoriae tenetur.“

l. 6. entscheidet über ein Verhältniss, das wahrscheinlich von der Art war, wie das in l. 31. pr. de negot. gest. hervorgehobene.

„Qui secutus domini voluntatem cum servo ipsius habuit contractum, ad instar actionis institoriae recte in solidum dominum convenit. *)“

In Betreff desjenigen, was aus den neueren Gesetzgebungen bei der jetzt behandelten Lehre hervorzuheben war, sehe man die unten zu befindenden Bemerkungen. **)

*) Die Institutionen haben keine Erwähnung bei der jetzt beendigten Abtheilung des Werkes gefunden. Was dieselben in Lib. IV. tit. 7. §. 2. enthalten, gewährt ein eigenthümliches Interesse nur insofern, als man daraus ersieht, wie die instit. und die exercit. actio zuerst nur stattfanden, wenn Sclaven als magistri navis oder als Institoren contrahirt hatten, („exercitoria habet locum, cum quis servum suum magistrum navi praeposuerit . . . institoria, cum quis negotiationi servum praeposuerit“) und wie später erst, in Gemässheit des sich ausbildenden Gerichtsbrauches — „quia eadem aequitatis ratio etiam eo casu interveniebat“ — dieselben Klagen auch dann gegeben wurden, wenn Freie in solcher Eigenschaft contrahirt hatten. Mehrmals ist in dem Vorhergegangenen erwähnt worden, inwiefern die behandelten beiden Klagen mit der act. de peculio, tributoria de in rem verso und quod jussu zusammentreffen können. Sehr deutlich erläuternd sind darüber die Institutionen in §. 3. ff. des citirten Titels.

Darauf wird man an einem andern Orte zurückkommen.

**) Den bei der eben behandelten Lehre einschlagenden Inhalt der neueren Gesetzgebungen (Code de commerce Liv. II. tit. 3. und 4., Th. II. des österreich. bürgerlichen Gesetzbuches, 22. Hauptst. §. 1027 — 1031., preuss. Landr. Th. II. tit. 8. §. 497. — 553. §. 1445. — 1533.) hat man in eine Note verwiesen, aus Gründen, die sich von selbst darlegen werden.

Das franz. Recht verstattet in Hinsicht auf dasjenige, was darin über die Verhältnisse des Rheders, Schiffseigners (exercitor navis), Capitains (magister navis), und mit diesem contrahirender Personen vorgeschrieben ist, keine

durchgehende Vergleichung mit dem röm. Rechte; denn es enthält das franz. Recht, wie es die Umstände nothwendig mit sich brachten, Vorschriften, die durch politische und staatspolizeiliche Rücksichten herbeigeführt wurden, und zu denen die Schiffahrt der Römer keine Veranlassung gab.

Alles was darüber, wie der Capitain nur in Gemässheit der legis praepositionis verbindlich werde, in dem römischen Rechte enthalten, beseitigt art. 216., indem er dem Schiffseigner die bürgerliche Verantwortlichkeit für alle und jede Handlungen des Capitains auferlegt, insoweit sie das Schiff und die Unternehmung betreffen.

„Tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine, pour ce qui est rélatif ou navire et à l'expedition.“

Dass der Schiffseigner auch für Verbrechen des Capitains criminell könnte verantwortlich werden, wenn ersteren eine Mitschuld träfe*), in allen andern Fällen ihn aber nur die Verpflichtung treffen kann, für Schäden zu haften, die auf eine Ersatzsumme reducirbar sind, liegt in der Natur der Sache. Uebrigens schreibt der Artikel hiermit nur speciell die Anwendung dessen vor, was der Code civil Liv. III. tit. 4. ch. 2. art. 1348. im Allgemeinen verordnet:

„On est résponsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui, qui est causé par le fait des personnes, dont on doit répondre où des choses que l'on a sous sa garde.“

„Les maitres et les commettans sont résponsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions, auxquelles ils les ont employés.“

Während aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen jede bürgerliche Verbindlichkeit in dem weitesten Umfange erfüllt werden muss, für den die Zahlungsfähigkeit des Verpflichteten ausreicht, wird die Verbindlichkeit des Schiffseigners aus den Handlungen des Capitains dadurch beschränkt, dass ersterer sich der Verbindlichkeiten durch Lossagung von Schiff und Fracht entschlagen kann.

„La responsabilité cesse par l'abandon du navire et du fret. art. 216.“

Dass man dem Schiffseigner eine solche Begünstigung eingeräumt hat, davon liegt der Grund in der Entfernung, in der er sich gewöhnlich von dem Capitain befindet, und die es jenem unmöglich macht, das Gebahren des Letzteren einer besondern Aufsicht zu unterwerfen. (*Esprit du Code de commerce par Locré. Paris* 1811. *Tome III. pag.* 70.)

Das geringe Interesse, was die neueren Behandlungen der Lehre von der exercitor. actio für denjenigen Juristen haben, der an keinem Seeplatze wohnt, war der Grund, aus welchem man sich hier beschränkt hat, nur besonders hervorstechende Grundsätze bemerklich zu machen.

Mit der Lehre von der institoria actio zu parallelisirende Stellen enthält der Code de commerce nicht.

Was das oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch in den angezogenen §§. vorschreibt, besteht in Folgendem:

*) Hiermit ist zu verbinden die eigenthümliche, völlig positive, Vorschrift in art. 27: les propriétaires des navires equipès en guerre ne seront toutefois résponsables des délits et deprédations commis en mer par les gens de guerre, qui sont sur leurs navires, où par les équipages, que jusqu'à concurrence de la somme, pour laquelle ils auront donné caution, à moins qu'ils n'en soient participans où complices.

1027. „Die in diesem Hauptstücke enthaltenen Vorschriften haben auch ihre Anwendung auf die Eigenthümer einer Handlung, eines Schiffes, Kaufladens oder andern Gewerbes, welche die Verwaltung einem Faktor, Schiffer, Ladendiener oder andern Geschäftsträgern anvertrauen."

1028. „Die Rechte solcher Geschäftsführer sind vorzüglich aus der Urkunde ihrer Bestellung, dergleichen unter Handelsleuten das ordentlich kundgemachte Befugniss der Unterzeichnung (Firma) ist, zu beurtheilen."

1029. „Ist die Vollmacht nicht schriftlich gegeben worden, so wird ihr Umfang aus dem Gegenstande und aus der Natur des Geschäftes beurtheilt. Wer einem Andern eine Verwaltung anvertraut hat, von dem wird vermuthet, dass er ihm auch die Macht eingeräumt habe, alles dasjenige zu thun, was die Verwaltung selbst erfordert, und was gewöhnlich damit verbunden ist."

1030. „Gestattet der Eigenthümer einer Handlung oder eines Gewerbes seinem Diener oder Lehrlinge, Waaren im Laden oder ausser demselben zu verkaufen, so wird vermuthet, dass sie bevollmächtigt seien, die Bezahlung zu empfangen und Quittungen dagegen auszustellen."

1031. „Die Vollmacht, Waaren im Namen des Eigenthümers zu verkaufen, erstreckt sich aber nicht auf das Recht, in seinem Namen Waaren einzukaufen; auch dürfen Fuhrleute weder den Werth der ihnen anvertrauten Güter beziehen, noch Geld darauf anleihen, wenn es nicht ausdrücklich in Frachtbriefen bestimmt worden ist."

v. Zeiller (Th. 3. pag. 312.) verbindet mit §. 1031. unter andern folgende Bemerkungen:

„Zuförderst muss derjenige, welcher mit Sicherheit Geschäfte mit solchen Bevollmächtigten eingehen will, nachforschen, zu welcher Art von Geschäften sie ordentlich bestellt, und ob sie mit Vollmachten oder Bestellungsurkunden versehen sind. Dergleichen sind Firmen und Procuren; Contracte zwischen Rhedern und Schiffern; Frachtbriefe u. dgl. Diese einzusehen, ist um so vorsichtiger, als dadurch die ihnen gewöhnlich zukommenden Befugnisse erweitert oder beschränkt sein können, vorzüglich in Rücksicht solcher Geschäfte, die in der Regel eine besondere Vollmacht fordern."

„Im Abgange einer schriftlichen Urkunde ist darauf zu sehen, welches Hauptgeschäft von einem solchen Bevollmächtigten unter den Augen seines Bestellers geführt werde, und welche Nebengeschäfte wesentlich oder doch ordentlicher Weise damit verknüpft sind; indem daraus wenigstens eine gegründete Vermuthung entsteht, dass ihm alle diese Geschäfte zur Besorgung überlassen sind."

Das preussische Recht lässt nur den Procuristen als institor gelten.

„Wer (§. 497.) von dem Eigenthümer einer Handlung, welcher derselben nicht vorstehen kann oder will, den Auftrag erhalten hat, seine Stelle zu vertreten, wird Factor, Disponent, oder Handlungsvorsteher genannt."

„Die Ertheilung der Procura muss schriftlich erfolgen und zur öffentlichen Kenntniss gebracht werden. §. 500. Ueber die Form dieser Bekanntmachung §. 503. 504. und 505."

„Für eine gehörige Bekanntmachung ist anzusehn, wenn die Kaufmannschaft des Ortes, wo die Handlung etablirt ist, auf der Börse oder durch ihre Vorsteher, ingleichen die auswärtigen Correspondenten, mit welchen die Handlung in Verbindung steht, durch Briefe davon benachrichtigt werden."

„Die Firma oder Unterschrift, deren sich der Disponent bedienen soll, muss unter dessen Handschrift den Correspondenten mitgetheilt, und auf der Börse verwahrlich niedergelegt werden."

„An Orten, wo keine ordentlich eingerichteten Börsen oder Kaufmanns-

innungen sind, muss, ausser der schriftlichen Bekanntmachung an die Correspondenten die Ertheilung der Procura den ordentlichen Gerichten angezeigt, die Firma bei diesen niedergelegt, und den Kaufleuten des Orts durch die Gerichte davon Nachricht ertheilt werden."

Sehr umständliche Vorschriften über die Zurücknahme der Procura und das Erlöschen derselben §. 530.—540.

„Ohne besondere, ebenfalls öffentlich (§. 511.) anzuzeigende Beschränkung, ist der Procurist zu jedem in der Handluug vorfallenden Geschäfte ermächtigt. (§. 501.) Speciell aber muss es in der Procura ausgedrückt sein, wenn er Wechselverbindlichkeiten soll übernehmen können." §. 514.

„Jedoch können gegen des Procuristen Mitcontrahenten auch nicht öffentlich bekannt gemachte Einschränkungen der Procura geltend gemacht werden, insofern sich erweisen lässt, dass der Mitcontrahent auf anderen als dem Wege der öffentlichen Bekanntmachung davon unterrichtet worden." §. 506.

Substitutionen des Factors gelten nur, wenn derselbe dazu besonders ermächtigt worden. §. 520.

Höchst eigenthümlich sind die Vorschriften in §. 523. — 525.

„Ohne ausdrückliche Erlaubniss des Principals darf kein Factor Handlungsgeschäfte auf eigne Rechnung treiben."

„Hat er es dennoch gethan, so gehört aller dadurch erhaltene Gewinn dem Principale."

„Besteht eine solche Handlungsunternehmung aus mehreren verbundenen Geschäften, so muss der Principal, wenn er sich den Vortheil bei dem einen Geschäfte zueignen will, auch den Schaden bei den übrigen mit übernehmen."

„Des Factors Mitcontrahent hat die Wahl, ob er den Factor oder den Principal belangen will; (§. 541.) allein ersterer ist gehalten nur bis zu dem Betrage des in seinen Händen befindlichen Handlungsfonds, und, so lange die Procura nicht aufgehoben ist, kann der Factor eben so gut als der Principal ausstehende Forderungen der Handlung einklagen."

Ueber dasjenige, was Handlungsdiener und Lehrlinge verbindend für den Principal thun können §. 547, 548. 549. 550.

„Sie können im Laden oder Gewölbe die daselbst befindlichen Waaren verkaufen, das Geld dafür in Empfang nehmen und darüber quittiren."

„Auch Rechnungen über ausgenommene Waaren können im Laden oder Gewölbe, gegen die von ihnen ausgestellten Quittungen, sicher bezahlt werden."

„Zu Geldanleihen, zum Wechselausstellen, Acceptiren oder Indossiren, zum Einkaufe, ingleichen zum Verkaufe auf Credit oder in grossen Parthieen, sind blosse Handlungsdiener oder Lehrlinge nicht für bevollmächtigt anzusehen."

„Ausser dem Laden oder Gewölbe kann an sie nur insofern bezahlt werden, als sie die Waaren, wofür die Zahlung erfolgt, oder die mit Quittungen versehenen Wechsel, Assignationen, Rechnungen und andre Schuldbriefe überbracht haben."

Zu der Sorgfalt, das Publicum und eben so den Principal, in Hinsicht auf Contracte eines Procuristen, möglichst gegen Gefährde zu schützen, welche Absicht besonders durch öffentliche Bekanntmachung der ertheilten und der zurückgenommenen Procura soll erreicht werden, scheint wenig zu passen §. 551.

„Cassirer der Bankiers und anderer Kaufleute, ingleichen Handlungsbediente, die auf Messen oder Märkte verschickt werden, sind in Absicht der mit ihrer Bestimmung verknüpften und daraus folgenden Geschäfte, auch ohne besondere Bekanntmachung, als Factors anzusehn."

als wodurch ohnstreitig in vielfacher Beziehung alle die Unsicherheiten zurückgeführt werden, durch deren Entfernung man das römische Recht hat verbessern wollen.

Hiermit glauben wir die hauptsächlichsten Bestimmungen angegeben zu haben, durch welche sich das preuss. Recht in Betreff der Lehre von der Institoria actio charakterisirt.

Die Vorschriften des preuss. Landrechts (1445. — 1533.) über der Rheder und der Schiffer rechtl. Beziehungen, sowohl unter einander, als gegen die Schiffsmannschaft und das Publikum übergehen wir. Denn es enthält dasselbe in dieser Beziehung noch ungleich mehr handelspoliceiliche, den civilrechtlichen Charakter des Verhältnisses abändernde, Bestimmungen als das franz. Recht, und um so weniger vermag man dasselbe dem röm. Rechte vergleichend gegenüber zu stellen. Da Seehandel und Schiffahrt neuerer Zeit völlig verschieden sind von dem, was sie zu irgend einer Zeit des römischen Staates waren und civilrechtliche Maximen bei uns weder die einzigen, noch auch die überwiegenden sind, wonach der Gesetzgeber dabei verfahren kann, so kann obige Bemerkung nicht als eine tadelnde gelten, wie denn überhaupt in dieser Materie ein bestimmtes und sichres Urtheil nur dem in der Praxis eines Seeplatzes geübten Juristen zustehen kann.

V.

Von der negotiorum gestio.

(*Lib. III. tit.* 5. *damit verbunden Lib. II. tit.* 19. *C.*) *)

1) Die Verwaltung ganz oder zum Theil fremder Vermögensangelegenheiten wird, sobald der Verwaltende demjenigen, dem das Vermögen zusteht, aus keinem Rechtsgrunde dazu verpflichtet ist, negotiorum gestio, der Verwaltende negot. gestor, und derjenige, dem das Vermögen zusteht, der Abwesende genannt. **)

2) Die Klagen auf Erfüllung derjenigen Verbindlichkeiten, welche durch die negot. gestio in der Person des negot. gestoris und des Abwesenden begründet werden, gehen activ und passiv auf die Erben über.

*) Die Behandlung des gegenwärtigen Titels der Pandecten verstattete, denselben ausnahmsweise mit dem Titel des Codex in ungetrennten Zusammenhang zu stellen.

**) Niemandem wird es entgehen, dass das Verhältniss, in welches der negot. gestor zu dem Abwesenden tritt, von dem Mandate zwar jedenfalls in den Motiven wesentlich verschieden, im Uebrigen aber demselben sehr analog ist. Während hierdurch die Stellung gerechtfertigt ist, die der negot. gestio in vorliegendem Werke gegeben worden, bemerkt man, dass die Titel de procuratoribus und defensoribus (III, 3.), obschon der procurator ein Mandatar und der defensor ein negot. gestor ist, dennoch sind ausgesetzt geblieben, weil man denjenigen Titeln, welche hauptsächlich dem röm. Prozesse angehören, eine besondere Zusammenstellung geben wird.

3) Für ihre Person werden des negot. gestoris Erben nur für Arglist und grobes Verschulden gehalten.

4) Wer, ohne es zu wissen, eines Abwesenden Vermögensangelegenheiten besorgt, weil er dazu einem Dritten verbunden ist, bleibt nur diesem Dritten verantwortlich und wird es nicht dem Abwesenden. Wofern aber jener Dritte dem Abwesenden das Klagerecht abtritt, so werden des negot. gest. Verbindlichkeiten eben so beurtheilt, als wenn er sich dem Abwesenden unmittelbar hätte verpflichtet gehabt.

Eben so

4) b. wird, wenn dem Abwesenden ein Dritter zur Geschäftsführung verpflichtet und die negot. gestio in der Absicht eingetreten ist, damit den Verbindlichkeiten jenes Dritten genügt werde, der negot. gestor nicht dem Abwesenden verbunden und in Verhältniss zu eben jenem Dritten, nach der Vorschrift unter Num. 10. beurtheilt.

5) Wenn Jemand sich einem Dritten zur Führung von Geschäften verpflichtet, von denen er weiss, dass sie ganz oder zum Theil die eines Abwesenden sind, wird dem Abwesenden eben so, als wenn er sich nicht dem Dritten dazu verpflichtet hätte, und also nach Vorschrift des Satzes unter Num. 10. verbunden.

6) Wer in der Meinung, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen, die eines Abwesenden besorgt, dessen Verbindlichkeiten gegen den Abwesenden sind gleich denen eines Besitzers in gutem Glauben.

7) Wenn sich Jemand zwar wissentlich der Verwaltung fremden Vermögens unterzieht, jedoch hinsichtlich der Person des Abwesenden in un-

verschuldet irriger Voraussetzung, dessen Verbindlichkeiten werden so beurtheilt, wie sie zu beurtheilen wären, wenn diese Voraussetzung keine irrige gewesen wäre; wobei jedoch

7) b. als Ausnahme zu bemerken ist, dass, wenn Jemand von einem Schuldner, nicht für den Gläubiger, sondern für Rechnung eines andern Dritten Gelder eincassirt hat, der sich alsdann zum Empfange gegen den Zahlenden bekennt, derjenige, der das Geld erhoben hat, jenem Dritten zu Ausantwortung desselben verbindlich wird.

8) Wer fremde Angelegenheiten besorgt, weil der unzertrennbare Zusammenhang, in welchem dieselben mit den eigenen Angelegenheiten stehn, die Besorgung der fremden unvermeidlich macht, hat den Verbindlichkeiten gegen den Abwesenden genügt, wenn er gethan, was ein fleissiger Haushalter in den eigenen Angelegenheiten zu thun pflegt.

9) Wer eines Abwesenden Vermögensangelegenheiten besorgt, weil er ihm dazu verbunden zu sein glaubt, wird eben so beurtheilt, als wenn dieser Irrthum nicht stattgefunden hätte, und also nach Maassgabe der Vorschrift unter Num. 10.

10) Die Verbindlichkeiten desjenigen, welcher Vermögensangelegenheiten eines Abwesenden besorgt, ohne demselben dazu verbunden zu sein, und ohne dass nach Maassgabe der in den vorhergegangenen Sätzen enthaltenen Vorschriften seine Verbindlichkeiten anders zu bestimmen sind, hat man nach folgenden Regeln zu beurtheilen.

a. Der negot. gestor darf das begonnene Geschäft nicht liegen lassen, sobald dadurch den Abwesenden ein Verlust treffen würde, der ihn ausserdem und wenn

des negot. gestoris Einmischung in seine Angelegenheiten völlig unterblieben wäre, nicht treffen würde. Widrigenfalls haftet er dem Abwesenden für den daraus entstehenden Schaden.

b. Der negot. gestor ist gehalten, was ihm in Folge der negotiorum gestio geworden, dem Abwesenden zu gewähren und also demselben den Besitz körperlicher Dinge zu überlassen und Forderungen abzutreten, völlig abgesehen davon, ob jene oder diese dem Abwesenden geworden wären, wenn er selbst das Geschäft geführt hätte.

c. Insofern nur mittelst abzulegender Rechnung übersehbar wird, was der negot. gestor dem Abwesenden aus der Geschäftsführung zu gewähren habe, hat Ersterer diese Rechnung mit vollständiger Genauigkeit abzulegen.

d. Der negot. gestor haftet, insofern nicht besondere Ausnahmen eintreten, dem Abwesenden nur für jeden durch die Geschäftsführung erwachsenen Verlust.

e. Ob der negot. gestor dem Abwesenden Verlust zugezogen habe, ist danach zu beurtheilen, ob, und zwar in Folge einer und derselben negotiorum gestio, die Summe dessen, was er dem Abwesenden erhalten oder gewonnen, die Summe des dem Abwesenden erwachsenen Verlustes übersteigt.

f. Weniger erhalten oder gewonnen zu haben, als bei mehr Fleiss hätte erhalten oder gewonnen werden können,

macht den negot. gestor nur dann verantwortlich, wenn er wissentlich veranlasst hat, dass ein Anderer, welcher besser würde verwaltet haben, sich der Verwaltung nicht unterzogen.

g. Für den zufälligen Schaden haftet der negot. gestor nur dann nicht, wenn er sich der Vermögensangelegenheiten eines Abwesenden auf eine Art und Weise unterzogen hat, von welcher vorauszusetzen ist, dass der Abwesende, wenn er gekonnt hätte, dazu entsprechenden Auftrag würde gegeben haben.

Solchenfalls aber wird der negot. gestor, in Betreff des erwachsenen Schadens, beurtheilt wie ein Mandatar.

h. Klagbare und durch keine Exception abweisbare Verbindlichkeiten, die zwischen dem negot. gestor und dem Abwesenden unabhängig von der negot. gestione bestehen, wird Ersterer, vorausgesetzt, dass sie ihm bekannt sind, von Eintritt der negot. gestio an gehalten, unaufgefordert zu erfüllen, insoferne der Abwesende dabei ein Interesse hat.

i. Wenn der negot. gestor dem Abwesenden Geld schuldet, wird ersterer durch die negot. gestio verbunden, dasselbe dem Abwesenden von der Verfallzeit an in Einnahme zu stellen und zwar, daferne die Schuld unverzinsbar war, nebst Zinsen, so nach dem zur Verfallzeit in der Gegend bestandenen Zinsfusse zu berechnen sind.

11) Verlust oder Aufwand, der dem negot. gestori durch die negot. gestio erwachsen, ist der

Abwesende gehalten, demselben zu erstatten und zwar, wenn baares Geld zu erstatten ist, nebst Zinsen, die nach Höhe desjenigen Zinsfusses zu berechnen sind, der zur Zeit der Verwendung in der Gegend bestand. Diess jedoch nur unter der Voraussetzung, dass entweder

a. der Betrag nicht die Summe desjenigen erreicht, was dem Abwesenden durch die negot. gestio ist erhalten oder gewonnen worden, oder

b. die Umstände zu der Annahme berechtigen, dass der Abwesende, wenn er gekonnt hätte, ein der negot. gestioni entsprechendes Mandat gegeben haben und dem Mandatar zu Ersatz des die Summe des Erhaltenen oder Gewonnenen überschreitenden Mehrbetrages würde verbunden worden sein.

12) Wenn die Voraussetzungen unter a. und b. nicht eintreten, wird der Abwesende dennoch wie in dem Falle unter b. beurtheilt, daferne er die stattgefundene negot. gestio genehmiget.

13) Es entstehen aus der negot. gestione keine Verbindlichkeiten des Abwesenden,

a. wenn dessen Widerspruch dem negot. gestori ist bekannt geworden, vorausgesetzt, dass die negot. gestio nicht in Verbindung mit der Verwaltung des dem negot. gestori eigenen Vermögens eingetreten ist.

b. Erfolgt der Widerspruch, nachdem die negot. gestio bereits eingetreten, so hört von da an die negot. gestio auf, den Abwesenden zu verbinden.

c. Wenn die negot. gestio mehrere Abwesende betrifft, von denen nicht alle wi-

dersprochen, so kommt der Widerspruch nur einem Jeden zu statten, der ihn gethan, jedem aber auch, der widersprochen hat, nach dem ganzen Verhältnisse seines Vermögensantheiles.

d. Eines Abwesenden Behauptung, er habe widersprochen, wird nur dann beachtet, wenn er vermag, die Wahrheit derselben sofort liquid zu machen.

14) Der Abwesende wird durch die negot. gestio nicht verbunden,

a. wenn sich erweisen lässt, dass der Verwaltung seiner Vermögensangelegenheiten der negot. gestor sich als Schenkgeber unterzogen habe.

b. Ob der negot. gestor als Schenkgeber gehandelt habe, hängt von den Umständen ab und ist nach richterlichem Ermessen zu bestimmen.

c. Alimente, die von dem Vater oder der Mutter den leiblichen Kindern sind verabreicht worden, können nicht erstattet verlangt werden,

ausnahmsweise jedoch von der Mutter, wenn die Kinder eignes Vermögen haben und sie die Erstattung sich ausdrücklich vorbehalten, oder die Kinder alimentirt hat, während einer Zeit, wo die Verbindlichkeit dazu noch den Vater traf.

d. Alimente, die von Eltern für die Stiefkinder sind aufgewendet worden, und jeder Art nicht als Alimente zu betrachtende Verwendungen, die Eltern für die leiblichen Kinder gemacht haben, sind zu erstatten, wenn der die Erstattung

Fordernde beweist, dass er nicht als Schenkgeber gehandelt habe.

e. Dasselbe gilt von dem Aufwande, womit der Ehemann des Eheweibes Beerdigung besorgt hat.

f. Unter Ascendenten entfernterer Grade und unter Seitenverwandten wird selbst in Hinsicht auf Alimente die Schenkung nicht vorausgesetzt.

15) Den Aufwand desjenigen negot. gestoris, der wissentlich und in der Absicht, unerlaubten Gewinn zu machen, sich der Verwaltung fremder Vermögensangelegenheiten unterzogen, ist der Abwesende nur zu dem Betrage zu ersetzen gehalten, um welchen des Abwesenden Vermögen sich vermehrt hat.

Erläuterungen.

§. 1.

Ueber die Definition der negot. gestio und über die dabei in Num. 1. beobachtete Terminologie.

Die Definition und die in ihr beobachtete Terminologie beruhen auf folgenden Ansichten:

Das deutsche Wort Geschäftsführer, obschon die genaueste Uebertragung des lat. negot. gestor, entspricht dennoch nicht dem Begriffe, den die röm. Jurisprudenz mit dem negot. gestor verbindet. So z. B. ist der Institor Geschäftsführer, nichts weniger aber als negot. gestor. Denn es findet in ihm sich nicht das zur negot. gestio wesentlich nöthige Kennzeichen: Mangel einer gegen denjenigen, dessen Geschäfte geführt werden, stattfindenden Verpflichtung, sich dieser Geschäftsführung zu unterziehen. Warum man diesen letzteren den Abwesenden genannt, davon weiter unten.

Die Worte des Prätorischen Edictes, worauf die klagbaren Verbindlichkeiten aus der negot. gestio beruhen, s. in l. 3. pr. „Ait Praetor: Si quis negotia alterius, sive quis

negotia, quae cujusque quum is moriretur fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo.“

Die Erklärungen derselben in §§. 1. 2. und 3. „Haec verba: Si quis, sic sunt accipienda, sive quae; nam et mulieres negotiorum gestorum agere posse et conveniri, non dubitatur. §. 2. Negotia sic accipe, sive unum, sive plura. §. 3. Alterius, inquit, et hoc ad utrumque sexum refertur.“ bedürfen keines erläuternden Zusatzes, wohl aber ist dies der Fall bei den Worten: „sive quis negotia, quae cujusque quum is moriretur fuerint.“

Die vorhergegangenen Worte: „si quis negotia alterius“ würden nicht auch den Fall mit befasst haben, wo Jemand nach eines Erblassers Tode in den Angelegenheiten des hinterbliebenen Vermögens desselben thätig geworden, bevor noch der Erbe die Erbschaft angetreten hat. Ein solcher negotiorum gestor hätte nicht alterius, sondern nullius negotia gerirt, denn der Nachlass hat aufgehört, des Verstorbenen Eigenthum zu sein, und noch nicht angefangen, Eigenthum des Erben zu sein.

M. vgl. hiermit §. 6. l. cit.

„Haec verba: Sive quis negotia, quae cujusque, quum is moriretur fuerint, gesserit, significant illud tempus, quo quis post mortem alicujus negotia gessit. De quo fuit necessarium edicere, quoniam neque testatoris jam defuncti, neque heredis, qui nondum adiit, negotium gessisse videtur. Sed si quid accessit post mortem, utputa partus, et fetus, et fructus, vel si quid servi acquisierint, etsi his verbis non continetur, pro adjecto tamen debet accipi.“

Nicht nur bestätigt diese Stelle die eben gemachten Bemerkungen, sondern sie belegt auch in den Worten: „sed si quid accessit post mortem“, dass die sorgsame Wortfassung des Edictes der ganz eigenthümlichen Acribie römischer Juristen immer noch einen Zweifel übrig lassen konnte, ob das Edict einem Falle vorgesehn habe, den zuverlässig jeder heutige Jurist darin begriffen fände. Während nämlich das Wort Erbschaft nicht nur denjenigen Gütercomplex bezeichnet, aus dem des Erblassers Vermögen zu Zeit seines Ablebens besteht, sondern auch alles, was diese Güter accessionis jure in der Zwischenzeit vermehrt, die von des Erblassers Tode und dem später erfolgenden Erbantritt begränzt wird, der Prätor aber in dem Edicte nicht von der negot. gestio für eine Erbschaft, sondern für Güter gesprochen hatte, die Jemandes gewesen waren, als er starb, so konnte es zweifelhaft scheinen, ob sich das Edict auf die Accessionen der nachbleibenden Güter eines Erblassers beziehen lasse. Denn obschon auch dieser Bestandtheil der Erbschaft dem Erben gebührt und zu-

steht, ist er doch vor dem Erbantritte dessen Eigenthum ebensowenig, als er jemals Eigenthum des Erblassers gewesen.

Auf gleicher Ansicht beruht l. 19. §. 5.

„Dum apud hostes esset Titius, negotia ejus administravi; postea reversus est. Negotiorum gestorum mihi actio competit, etiamsi eo tempore, quo gerebantur, dominum non habuerunt."

Des Kriegsgefangenen Güter sind, nach röm. Ansicht, herrenlos so lange er sich in der Kriegsgefangenschaft befindet. Daferne nun für einen solchen ein negot. gestor eintritt, so führt dieser, streng genommen, nicht alterius, sondern nullius negotia, und so konnte ein röm. Jurist sich aufgefordert finden, als etwas Bemerkenswerthes und nicht über allen Streit Erhabenes auszusprechen, dass auch in einem solchen Falle die negot. gestio mit allen ihren Wirkungen eintreten könne.

Hierher gehört auch l. 12. pr. und l. 20.

„Successori ejus, cujus fuerunt negotia, qui apud hostes decessit, haec actio danda erit."

„l. 20. Sin autem apud hostes constitutus decessit, et successori, et adversus successorem ejus negotiorum gestorum directa et contraria competit."

Die Erbschaft wird in einem solchen Falle das Subject der entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten, und geht mit diesen auf den Erben über, ohne dass dabei in Betracht kommen kann, inwiefern der Erbe für seine Person durch negot. gestio hätte können verbunden werden.

M. vgl. l. 21. §. 1.

„Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem, seque ei obligat; ideoque nihil refert, an etiam pupillus heres existat, quia id aes alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad eum transit."

Indem für die Definition die Worte gebraucht sind „demjenigen, dem das Vermögen zusteht", glaubt man dieselbe möglichst eben so genau gefasst zu haben, als es das Edict theils ist, theils nach den Anforderungen röm. Juristen (man rufe sich die Bemerkungen über die accessiones hereditatis in das Gedächtniss) hätte sein sollen. Nach l. 47. pr. „Actio negotiorum gestorum illi datur, cujus interest, hoc judicio experiri" würde man dem negotiorum gestor nicht denjenigen gegenüberzustellen haben, dem das Vermögen zusteht, in dessen Angelegenheiten er thätig geworden, sondern denjenigen, der überhaupt bei seiner Verwaltung ein Interesse hat. Allein pr. cit. ist offenbar zu generell. Der Mandant ist bei des Mandatars Geschäften höchlich interessirt, allein dieser

beiden gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten lassen sich nicht nach den Grundsätzen von der negot. gestio behandeln.

Die sorgfältige Fassung des Edictes macht es bemerkenswerth, dass darinne grade das wesentliche Kennzeichen der negot. gestio, der Mangel eines Rechtsgrundes, völlig übergangen ist; der zu Thätigkeit in fremden Vermögensangelegenheiten in Beziehung auf denjenigen verbindend wäre, dem das Vermögen zusteht. Nach den Worten des Edictes wäre auch der Mandatar ein negot. gestor. Einer übereilenden Flüchtigkeit im Ausdruck lässt diese Erscheinung gewiss sich nicht beimessen.

Statt Verwaltung fremden Vermögens ist in der Definition die umfassendere Bezeichnung fremder Vermögensangelegenheiten gebraucht worden; denn wer z. B. einen Abwesenden vor Gericht vertritt, mischt sich verwaltend in dessen Vermögensangelegenheiten, nicht zunächst in sein Vermögen selbst. Für den Zusatz: ganz oder zum Theil fremde Vermögensangelegenheiten, braucht man nur zu bemerken, dass zwischen mir und dem A das Verhältniss der negot. gestio eintritt, wenn ich als Erbe des B über die Verlassenschaft disponire, und dabei von der Ansicht ausgehe, dass ich der alleinige Erbe sei, obschon sich später findet, dass A Miterbe ist.

M. vgl. l. 6. §. 4.

„Quodsi et suum negotium, et meum quasi meum gesserit, in meum tenebitur.“

§. 2.

Fortsetzung.

Denjenigen, der bei der negot. gestio dem negot. gestor gegenübergestellt wird, haben wir den Abwesenden genannt. Häufig nennen ihn auch die Quellen so, indem sie von der Voraussetzung ausgehen, das Edict habe durch Einführung der negot. gest. actio zu schützender Vertretung solcher Personen auffordern wollen, welche entfernt von dem Orte, wo ihr Interesse wahrzunehmen war, entweder völlig ohne Kunde von dem blieben, was ihr Bestes verlangte, oder doch behindert waren, einem Andern ihre Vertretung aufzutragen.

M. vgl. l. 1.

„Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel poenae committendae actionem, vel injuria rem suam amittant.“

Die Worte „ne indefensi rerum possessionem aut vendi-

tionem patiantur" finden die Erläuterung in l. 7. §. 1. quibus ex c. i. p. eatur. (42. 4.)

Auf den Fall, wo eine unterbleibende Leistung die Verbindlichkeit zu Entrichtung einer Conventionalstrafe involvirt, beziehen sich die Worte: „vel poenae committendae actionem."

Ferner l. 2.

„Si quis absentis negotia gesserit, licet ignorantis, tamen quicquid utiliter in rem ejus impenderit, vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit, habet eo nomine actionem. Itaque eo casu ultro citroque nascitur actio, quae appellatur negotiorum gestorum. Et sane sicut aequum est, ipsum actus sui rationem reddere, et eo nomine condemnari, quicquid vel non, ut oportuit, gessit, vel ex his negotiis retinet, ita ex diverso justum est, si utiliter gessit, praestari ei, quicquid eo nomine vel abest ei, vel abfuturum est."

Hier interessiren nur die Eingangsworte, nach denen ein Abwesender durch negotiorum gestio kann verpflichtet werden, ohne irgend etwas davon zu wissen, dass es Jemandem gefällt, sich zu ihm in ein obligatorisches Verhältniss zu setzen. Den übrigen ganz allgemeinen Inhalt der Stelle lassen wir auf sich beruhen, weil er keine in Beziehung auf die negot. gestio wesentliche Frage beantwortet, die nicht andere Fragmente mit gleicher oder viel erschöpfenderer Bestimmtheit beantworteten. Denn was ist z. B. utiliter gerere, wie muss die negot. gestio beschaffen sein, damit den Verwaltenden nicht der Vorwurf treffe, non ut oportuit gessit?

Wenn aber auch der ursprüngliche Zweck des Edictes sich nur auf die Vorsorge für Abwesende gerichtet hätte, so belegen doch zahlreiche Gesetzstellen, dass späterhin die Möglichkeit aus Handlungen zu klagen, wodurch Jemand in fremde Vermögensangelegenheiten eingegriffen hat, ohne dazu verbunden oder ermächtiget zu sein, als die wesentliche Voraussetzung der negot. gestio angesehen wurde, ohne alle Rücksicht darauf, ob dem negot. gestor ein wirklich Abwesender gegenübersteht oder nicht.

So kann sie Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen, noch bevor an irgend einem Orte irgend ein Subject vorhanden ist, gegen das der negotiorum gestor berechtigt oder verpflichtet werden möchte. z. B. l. 29.

„Cum pater testamento postumo tutorem dederit, isque tutelam interim administraverit, nec postumus natus fuerit, cum eo non tutelae, sed negotiorum gestorum erit agendum. Quodsi natus fuerit postumus, tutelae erit actio, et in ea utrumque tempus veniet, et quo antequam nasceretur infans gessit, et quo posteaquam natus sit."

Einem postumus war in dem väterlichen Testamente ein

Vormund gegeben worden. Nach der Geburt des postumus wird dieser Vormund für Verwaltung, ohne Unterschied, in wieweit sie in die Zeit vor oder nach Geburt des postumus fällt, tutelae judicio belangt. Wenn kein postumus geboren wird, so wird der tutor negot. actione belangt. Denn er hat verwaltet, und demjenigen, der nun das Vermögen erhielt, war er zu keiner Vermögensverwaltung gehalten. Eben so findet sich in den Pandecten ein Fall, wo die Abwesenheit etwas völlig Gleichgültiges ist, da sie denjenigen, der durch die negot. gest. verpflichtet wird, nicht in Unkenntniss dessen liess, was er thun sollte, und ihn eben so wenig behinderte, es selbst zu thun.

M. vgl. l. 21. pr.

„Nam et Servius respondit, ut est relatum apud Alfenum libro trigesimo nono Digestorum: quum a Lusitanis tres capti essent, et unus ea conditione missus, ut pecuniam pro tribus afferret, et nisi rediisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti noluisset, et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent, aequum esse, Praetorem in eum reddere judicium.“

Drei Personen sind in Kriegsgefangenschaft. Der Feind entlässt einen, damit er für sich und die beiden andern, als Geissel zurückbleibenden, die Lösungssumme, an 100 Thlr. für jeden, herbeischaffe; wobei den Zurückbleibenden angedeutet und ausgemacht wird, daferne der Entlassene nicht wiederkäme, müssten sie statt 200 Thlr. volle 300 Thlr. Lösegeld geben. Jener kehrt nicht zurück, und die beiden andern bezahlen 300 Thlr. — Sie haben gegen ihn actionem negot. gestor; denn sie sind in seinen Vermögensangelegenheiten thätig geworden, indem sie für ihn einstanden, für das einstanden, was er selbst zu geben hatte, und haben für seine Rechnung bezahlt, ohne ihm dazu verbunden zu sein. Heutigen Tages würde man die durch solche Umstände motivirte Klage actionem mandati nennen können. Denn offenbar hat der Entlassene den Bleibenden zu erkennen gegeben, sie sollten für ihn zahlen, wenn er nicht zurückkäme, und letztere haben dies übernommen. Die Römer mochten die Klage aus Contracten, die in der Gefangenschaft waren geschlossen worden, für ein Unding halten.

Eben so wird nach Maassgabe des Begriffes der negot. gestio, wie ihn die Praxis erweitert hat, (m. s. §. 3.), dem Curator eines Furiosen actio negot. gestor. gegen diesen gegeben, den man einen Abwesenden zu nennen keinen Grund hat.

M. vgl. l. 3. §. 5.

„Et si furiosi negotia gesserim, competit mihi adversus

eum negot. gestor. actio; curatori autem furiosi vel furiosae adversus eum eamve dandam actionem Labeo ait."

Demnach ist der Ausdruck Abwesender ein bloss kunstterminologischer, der denjenigen, der aus der negot. gestio gegen den negot. gestor berechtiget und verbunden wird, mit einem einzigen Worte bezeichnet und eine wortreichere Beschreibung desselben entbehrlich macht.

§. 3.

Fortsetzung.

Schon allein der Satz unter num. 5. belegt, wie die Praxis den Begriff der negot. gestio weit über diejenige Bedeutung hinaus erweitert hat, den das Edict mit negot. gestione verband. Während allerdings bei den röm. Juristen (cfr. l. 1. cit.) die Ansicht vorherrschend ist, dass die actio negot. gestor. zu dem Ende eingeführt worden sei, zu nützlicher Thätigkeit für Abwesende anzuspornen, indem man dieselben den negot. gestoren ersatzpflichtig für den Aufwand und Verlust machte, der einem solchen in Folge der auf eines Abwesenden Bestes berechneten Thätigkeit erwachsen, hat doch die Praxis den Begriff der negot. gestio bis zu jeder, ohne Verpflichtung dazu, in den Vermögensangelegenheiten eines Andern eingetretenen Verwaltung erweitert, und darum hatte man in der Definition auf die Motive der negot. gestio keine Rücksicht zu nehmen, so verschieden sich auch nach deren Verschiedenheit die aus der negot. gestione beiderseits erwachsenden Rechte und Verbindlichkeiten gestalten.

M. vgl. folgende Stellen:

„l. 5. pr. §. 1. Item si, quum putavi a te mihi mandatum, tua negotia gessi, et hic nascitur negot. gestor. actio, cessante mandati actione. Idem est etiam si pro te fidejussero, dum puto mihi a te mandatum esse."

„Sed etsi putavi, Titii negotia esse, quum essent Sempronii, eaque gessi, solus Sempronius mihi actione negot. gestor. tenetur."

Ferner l. 6. §. 5.

„Si quis quasi servus meus negotium gesserit, quum esset vel libertus, vel ingenuus, dabitur negotiorum gestorum actio."

Dies Fragment enthält einen speciellen, die allgemeine Bemerkung in l. 3. §. 10. erläuternden Fall.

„Hac actione tenetur non solum is, qui sponte, et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis, et ea gessit,

verum et is, qui aliqua necessitate urgente, vel necessitatis suspicione gessit.“

l. 19. §. 2.

„Si libero homini, qui bona fide mihi serviebat, mandem, ut aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem, Labeo ait, quia non libera voluntate exsequatur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili. Erit igitur negotiorum gestorum actio, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem, et is fuerit, quem obligare possem.“

l. 36.

„Si liber homo bona fide mihi serviens mutuam pecuniam sumserit, eamque in rem meam verterit, qua actione id, quod in rem meam vertit, reddere debeam? videndum est; non enim quasi amici, sed quasi domini negotium gessit. Sed negotiorum gestorum actio danda est; quae desinit competere, si creditori ejus soluta sit.“

Am weitesten aber geht l. 30.

„Ex facto quaerebatur, quendam ad siliginem emendam curatorem decreto ordinis constitutum, eidem alium subcuratorem constitutum siliginem miscendo corrupisse, atque ita pretium siliginis, quae in publicum emta erat, curatori afflictum esse, quaque actione curator cum subcuratore experiri possit, et consequi id, ut ei salvum esset, quod causa ejus damnum accepisset? Valerius Severus respondit: adversus contutorem negotiorum gestorum actionem tutori dandam. Idem respondit: ut magistratui adversus magistratum eadem actio detur, ita tamen, si non sit conscius fraudis. Secundum quae etiam in subcuratore idem dicendum est.“

Hier haben wir ein Fragment, wonach auch die widerrechtliche, einen Andern in Folge gewinnsüchtiger Absicht beeinträchtigende Thätigkeit sich unter die Rubrik der negot. gestio gestellt findet. Davon aber ist (ausgenommen die weiter unten durch l. 6. §. 3. motivirte Beziehung) in der gegenwärtigen Behandlung des Titels gänzlich abstrahirt worden. Den Römern, die aus Scheu vor dem Beleidigenden des Ausdrucks mit der actio de dolo sehr sparsam umgingen, und oft um den Namen einer Klage verlegen waren, während die Nothwendigkeit, Rechte sicher zu stellen, irgend eine Klage gebieterisch erheischte, kann daraus kein Vorwurf gemacht werden. Nicht wäre es aber dadurch zu rechtfertigen, wenn man in vorliegendem Werke ein solches Gebahren der negot. gestioni untergeordnet hätte.

Zur Erläuterung des Fragmentes ist Folgendes zu bemerken:

Eine Ortsbehörde (eine Municipalcurie) hatte einen Cu-

rator, nach unsrer Art zu sprechen, einen Proviantverwalter angestellt, um dem Ortsmagazine siliginem, eine Gattung zur Brödung sehr gesuchten Getraides oder Mehles zu erkaufen. Denn was siligo eigentlich sei, wissen wir nicht genau. Cujacius sagt darüber (Tom. VI. der neapolitan. Ausg. v. 1772. C. 10.): „quo verbo, non ut vulgus existimat, significatur, quod latine secale vocant, du seigle, sed species tritici omnium praestantissimi. Plinius enim siliginem delitias tritici vocat lib. 18. Celsus lib. II. ex tritico firmissimam siliginem esse. Galenus pani siligineo primas tribuit, secundae similagineo tribuuntur."

Ein Beamter war dem Angestellten für dieses Geschäft zur Seite gegeben worden. Er machte Betrügerei und Unterschlag, indem er, damit kein Abgang der Quantität bemerklich werden sollte, schlechte Vorräthe unter die siligo mischte. So wurde der Preis heruntergedrückt und in Folge des Curators und Subcurators besonderer, in dem Fragmente aber nicht angegebener Stellung fiel die Vertretung dafür, und was die städtische Verwaltungsbehörde dabei verlor, dem Proviantverwalter zur Last. (pretium curatori affligebatur - cfr. Brissonius sub h. v.) Er erholte sich an dem subcurator actione negot. gest. nach Analogie von contutoren, von Magistraten, die einander auch actione negot. gestor. für dasjenige einzustehen haben, was allen zu Vertretung fällt, obschon nur einen einzelnen unter ihnen die Schuld hinsichtlich der zu vertretenden Post trifft.

Auf die in der oben angegebenen Maasse erweiterte actio negotiorum gest. (utilis) bezieht sich l. 47. §. 1.

„Nec refert, directa quis, an utili actione agat, vel conveniatur, quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime quum utraque actio ejusdem potestatis sit, eundemque habeat effectum."

§. 3. b.

Zu dem in Num. 2. u. 3. der Definition gegebenen Zusatze.

Man vgl. ausser l. 3. §. 7. (s. Anhang) l. 6. Cod. l. 7. eod. und l. 17. eod.

„Curatorem tibi quidem patris testamento datum dicis, quod non potest videri jure factum. Quodsi ut proponis, administrationi se immiscuit, negotiorum gestorum actio tam adversus eum, quam contra heredes ejus tibi competit."

l. 7. eod.

„Si ab eo, qui negotia tua gessit, heres ex duabus unciis

institutus es, etiamsi adeas hereditatem, in reliquis decem unciis adversus coheredem competit tibi petitio, si quam adversus defunctum habuisti actionem.“

l. 17. eod.

„Curatoris etiam successores, negot. gestor. utili conventos actione, tam dolum quam latam culpam praestare debere, nec ad eos officium administrationis transire, ideoque nullam alienandi eas res adultae potestatem habere, convenit.“

Als Beispiel zu l. 17. cit. denke man sich den Fall, wo in des verstorbenen negot. gestoris Nachlasse dem Abwesenden gehörige Sachen von den Erben vorgefunden und von diesen heimlich bei Seite geschafft oder auf höchst unverantwortliche Weise dem Verderben preisgegeben worden sind.

§. 4.

Verbindlichkeiten des negot. gestoris.

Zu Num. 4. — 10.

Eine wunderbare Verwirrung herrscht in den Grundsätzen, nach welchen die Verbindlichkeiten des negot. gestoris beurtheilt werden sollen.

Z. B. der negot. gestor soll das einmal angefangene Geschäft nicht unzeitig abbrechen. Wenn ich nun aber ein fremdes Geschäft führe, indem ich mein eigenes zu führen glaube, kann ich verantwortlich dafür werden, wenn ich die Geschäftsführung in einer Maasse abgebrochen habe, dass ich viel besser gethan hätte, sie gar nicht zu beginnen?

Der negot. gestor soll exactissimam diligentiam leisten. Wenn ich nun aber Jemandem 10 Thlr. erhalten, oder gar 10 Thlr. gewonnen habe, wo ich ihm 20 Thlr. hätte erhalten oder gewinnen können, soll ich ihm 10 Thlr. ersetzen, soll ich, weil ich ihm nützlich werden wollte und geworden bin, allen nur möglichen Nutzen bei Gefahr eigner Vertretung schaffen?

Für den Zufall soll der negot. gestor nicht, wenigstens nicht in der Regel einstehen. Gesetzt nun, ich befasse mich mit Verwaltung fremden Vermögens, und verwalte dasselbe nach besten ökonomischen Grundsätzen und mit grösster Sorgfalt. Der Erfolg aber macht meine Weisheit zunichte. Es ergiebt sich, dass der Abwesende besser stände, wenn ich gar nichts gethan hätte. Wie kommt er dazu, die schädlichen Folgen unberufener, wenn auch noch so gut gemeinter und noch so gut berechneter Einmischung in seine Angelegenheiten sich gefallen zu lassen? Z. B. ich verkaufe mir zur Aufbewahrung übergebene Staatspapiere eines auf Reisen befindli-

chen Freundes, unter Umständen, wo Jedermann, dem es möglich ist, seine Staatspapiere loszuschlagen, deren Verkauf beeilt. Sonderbare Umstände gestalten es aber so, dass am Ende Diejenigen am Besten wegkommen, die in die Papiere einen verblendeten Credit gesetzt haben. Mein abwesender Freund kommt zurück, und statt seiner jetzt al pari stehenden Documente, will ich ihm 80 pCt. zustellen, als wie viel ich gelöst. Soll er sich das gefallen lassen, soll ich ihm nicht dafür einstehen, dass ich überlegterweise ihn um einen Gewinn bringe, den ausserordentliche Glücksfälle ihn ohne meine Einmischung zugewendet haben würden, soll er mir nicht mit l. 36. de R. J. einhalten können:

„Culpa est, immiscere se rei, ad se non pertinenti?"

Der negot. gestor soll, was er dem Abwesenden zinsbar schuldig ist, bloss um deswillen, weil er negot. gestor geworden, mit Zinsen von dem Tage der Verfallzeit an bezahlen. Einerseits aber wird man von der Verfallzeit an Verzugszinsen zu bezahlen ohnehin verbunden; andererseits können Umstände eintreten, wo ich den Abwesenden gar nicht kenne, gar nicht weiss, wem ich schuldig bin, also auch der eingetretenen Verfallzeit ungeachtet, mich nicht in mora befinde. Soll ich mich nun mit Zinsen belasten lassen, die ich weder ex pacto noch ex mora schuldig bin, und also dafür gestraft werden, dass ich für einen Andern thätig wurde?

Genaue Unterscheidungen der mannichfachen Verhältnisse, unter denen eine negot. gestio eintreten und der mannichfachen Ergebnisse, die sie für den Abwesenden herbeiführen kann, sind unerlässlich, um Klarheit und Bestimmtheit in dieser Materie zu gewinnen.

1) Ohne dem Abwesenden selbst, in dessen Vermögensangelegenheiten ich thätig werde, dazu verbunden zu sein, kann ich dazu einem Andern verbunden sein.

Z. B. Von A, des abwesenden B Mandatarius oder negot. gestor, habe ich einen Auftrag übernommen, der darauf berechnet ist, dass in das Werk gesetzt werde, was herzustellen A entweder als Mandatar verpflichtet oder als negot. gestor aus freiem Antriebe entschlossen ist.

Dieser Fall kann aber eintreten entweder a) dergestalt, dass ich weiss, wie meine Thätigkeit, hinsichtlich der Vermögensverhältnisse des B von Folgen sein wird, oder b) dergestalt, dass ich es nicht weiss. Z. B. A trägt mir auf, Gegenstände irgend einer Art zu verkaufen, und setzt mich dabei in Kenntniss, dass dieselben dem abwesenden B gehören, oder er verschweigt dies mir und ich erfahre es auch auf keinem andern Wege.

2) Ich werde in Vermögensangelegenheiten eines Abwesenden thätig, ohne irgend Jemandem dazu verbunden zu sein. Dies kann unter folgenden Voraussetzungen geschehen:

a. Ich glaube meine eignen Angelegenheiten zu besorgen, und besorge fremde. Z. B. ich verwalte eine Erbschaft, von der ich glaube, sie sei mir zugefallen; allein ich irrte mich; sie ist einem Andern zugefallen und ich muss die Erbschaft herausgeben.

b. Ich glaube die Angelegenheiten des A zu besorgen, und ich irre mich, es sind die Angelegenheiten des B. Z.B. ich unterziehe mich der Verwaltung eines Nachlasses, der dem B, nicht aber, wie ich voraussetzte, dem A gehört.

c. Ich besorge fremde Angelegenheiten, weil diese mit meinen eignen in so unzertrennbarer Verbindung stehen, dass ich, indem ich die eignen besorge, nothwendig auch in den fremden thätig werden muss.

Z. B. ich reparire ein aus einer Erbschaft mir und dem Miterben A gemeinschaftlich zugefallenes Haus.

d. Ich besorge wissentlich fremde, den Abwesenden allein betreffende Angelegenheiten.

In einem Falle der unter a. angegebenen Art scheint nichts einfacher und angemessener, als für Beurtheilung desselben die Regel aufzustellen: es entsteht für den negot. gestor und den Abwesenden daraus kein gegenseitig obligatorisches Verhältniss, sondern der negot. gestor wird nur demjenigen aus der Geschäftsführung verbunden, dem er zu Uebernahme derselben gehalten war, und dies zwar nach Maassgabe des unter beiden stattfindenden Verhältnisses, dem Abwesenden hingegen nur unter der Voraussetzung, dass diesem die Klagen von dem Berechtigten sind abgetreten worden, und inwiefern letzterer dem Abwesenden für die Folgen einzustehen habe, welche die negot. gestio auf des Abwesenden Vermögen äussert, dies ist zu beurtheilen nach dem zwischen diesen beiden bestehendem Rechtsverhältnisse.

Z. B. A ist abwesend. B, als sein Mandatar oder negot. gestor, beauftragt mich. Ich werde für facta und omissa dem B nach den Grundsätzen von dem Mandate verbunden, B kann jedoch die Klage an den A abtreten. Des B Verbindlichkeiten gegen den A sind aber, je nachdem er Mandatar oder negot. gestor war, nach den Grundsätzen von dem Mandate oder der negotiorum gestio zu beurtheilen. Dabei stösst man aber auf Schwierigkeiten.

Z. B. der negot. gestor, der es abzuwenden sucht, dass Schulden halber eines Abwesenden Güter verkauft werden,

steht nur für den dolus ein, nach l. 3. §. 9. Er beauftragt mich, den Verkauf der Güter abzuwenden. Als Mandatar muss ich ihm auch für culpa einstehen. Wenn er unmittelbar oder mittelbar durch mich, seinen Mandatar, etwas culposerweise verabsäumt hat, ist er negot. gestione dem Abwesenden nicht gehalten, und da der Mandatar nur für das Interesse haftet, das der Mandant bei der ordentlichen Ausführung des Geschäftes hat, so scheint es, dass ich in einem solchen Falle nur de dolo gehalten werden kann. Nach den hier einschlagenden Gesetzstellen aber werde ich meinem Mandanten zu so viel gehalten, als zu wieviel ich ihm gehalten wäre, wenn ich dessen eignes Geschäft betrieben hätte, zu wie viel oder wenig er auch dem Abwesenden mag verbunden sein, und ich kann durch Abtretung der Klagen gegen mich dem Abwesenden zu mehr gehalten werden, als wozu ihm B gehalten wäre, wenn er selbst und nicht durch einen Stellvertreter gehandelt hätte.

„l. 28. Si quis mandatu Titii negotia Seji gessit, Titio mandati tenetur, lisque aestimari debet, quanto Seji et Titii interest. Titii autem interest, quantum is Sejo praestare debet, cui vel mandati, vel negotiorum gestorum nomine obligatus est. Titio autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequam ipse quicquam domino praestet, quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est.“

Nach dieser Stelle hat der Mandatar dem Mandanten, der als Mandatar oder negot. gestor eines Abwesenden das Mandat ertheilte, nur zu leisten, was dieser von seinem Mandatar oder negot. gestor fordern kann.

Nach l. 21. §. 3. cit. hingegen scheint es, dass der Mandatar die Klagen gegen den Substituten in eben dem Umfange cediren kann, in dem der Substitut ihm gehalten wäre, wenn dieser des Substituenten eigne Angelegenheiten besorgt hätte.

„Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit; quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris, non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quicquid detrimenti negligentia ejus fecit, tu mihi praestes.“

Andrerseits können Fälle eintreten, wo der Dritte dem Abwesenden mehr zu leisten hat, als ihm von demjenigen zu leisten ist, durch den er des Abwesenden Geschäfte besorgt hat.

Z. B. des abwesenden A negot. gestor B will in dieser Qualität ein Geschäft ausführen, das den negot. gestor auch für den Zufall verantwortlich macht. Er beauftragt den C dazu. C, als Mandatar, haftet dem B nicht für Zufall, der

bei Ausführung des Mandates der fremden Angelegenheit schädlich geworden ist; wohl aber muss B dem A dafür einstehen, der auf diese Weise durch die Klagabtretung weniger gewinnt, als wenn er gegen den B selbst klagt.

Nach alle dem ist der Satz unter Num. 4. beschehenermaassen zu fassen gewesen.

Belegstellen für den Satz unter Num. 4. b. sind l. 46. pr. und §. 1.

„Mandasti filio meo, ut tibi fundum emeret; quod quum cognovissem, ipse eum tibi emi. Puto referre, qua mente emerim; nam si propterea, quod tibi necessarium esse scirem, et te ejus voluntatis esse, ut emtum habere velles, agemus inter nos negotiorum gestorum, sicut ageremus, si aut nullum omnino mandatum intercessisset, aut Titio mandasses, et ego, quia per me commodius negotium possem conficere, emissem. Si vero propterea emerim, ne filius mandati judicio teneatur, magis est, ut ex persona ejus et ego tecum mandati agere possim, et tu mecum actionem habeas de peculio, quia, et si Titius id mandatum suscepisset, et ne eo nomine teneretur, ego emissem, agerem cum Titio negotiorum gestorum, et ille tecum, et tu cum illo mandati. Idem est, et si filio meo mandaveris, ut pro te fidejuberet, et ego pro te fidejusserim."

§. 1. „Si proponatur, te Titio mandasse, ut pro te fidejuberet, meque, quod is aliqua de causa impediretur, quo minus fidejuberet, liberandae fidei ejus causa fidejussisse, negotiorum gestorum mihi competit actio."

Die hier besonders wichtigen Worte sind die des pr. „si Titius id mandatum (ut fundum tibi emeret) suscepisset.... et tu cum illo mandati."

Der übrige Inhalt der Stelle enthält eine Entwickelung, die sich auf den in den nurangezogenen Worten enthaltenen Satz gründet.

Wenn mein Sohn des A Mandatar in Betreff eines für den A zu bewirkenden Hauskaufes geworden ist, und ich erkaufe dem A das Haus, so ist die Frage, ob eine negot. gestio zwischen mir und dem A eingetreten, einzig und allein von Beantwortung der andern Frage abhängig, qua mente ich das gethan, ob ich es bloss aus Eifer gethan, dem A das Haus zu verschaffen. Dann findet actio negot. gestor. zwischen uns beiden Statt, eben so, als wenn gar kein Mandat oder ein Mandat an eine mir völlig fremde Person wäre gegeben worden.

Wenn ich aber das Haus kaufe, damit mein Sohn nicht mandati gehalten werde, so bin ich eben so wenig negot. gestor des A, als wenn ich für den Mandatar Titius eingetreten

wäre. Nur tritt, wenn ich für den Sohn und nicht für einen Fremden negot. gestor geworden bin, alsdann das Eigenthümliche ein, dass ich e persona filii actionem mandati habe. Denn das Mandat ist ausgeführt, und die solchergestalt für den Sohn begründete actio mandati ist dem Vater erworben.

In dem Falle, den §. 1. enthält, wo ich für den fidejussor liberandae fidei ejus causa fidejubirt habe, kann es nach Maassgabe des pr. nicht räthselhaft sein, dass ich nur gegen den Bürgen actionem negot. gestor. habe.

Was von dem negot. gestor des Mandatars gilt, gilt um der Gleichheit des Grundes willen in allen Fällen, wo Jemand zur Führung fremder Geschäfte verpflichtet ist, und ein Anderer diese Verpflichtung für ihn erfüllt. Man vergl. l. 6. pr. cit.

Den Satz unter Num. 5. belegt l. 6. §. 4.

„Si quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio, quia nec fides bona hoc patitur. Quod si et suum negotium, et meum quasi meum gesserit, in meum tenebitur. Nam etsi cui mandavero, ut meum negotium gerat, quod mihi tecum erat commune, dicendum esse, Labeo ait, si et tuum gessit sciens, negotiorum gestorum eum tibi teneri.“

„l. 4. C. Qui pupillae negotia tutoris mandato suscepit, pro tutore negotia non videtur gessisse, sed negotiorum gestorum actione pupillae tenebitur.“

„l. 14. C. Si mandatum solius mariti secutus, tam ipsius, quam uxoris ejus negotia gessisti, tam tibi quam mulieri invicem negotiorum gestorum competit actio. Ipsi sane, qui mandavit, adversus te mandati actio est, sed et tibi adversus eum contraria, si quid forte supererogasti.“

Für den Satz unter 6. ist in Erwägung zu ziehn l. 49.

„Si rem, quam servus venditus surripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda est, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, quum esset meum, gessisses; sicut ex contrario in me tibi daretur, si, quum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem ea solutione liberarer.“

Der verkaufte Sclave hat dem Verkäufer gehörige Sachen mit hinweggenommen; der Käufer veräussert sie, in der Meinung, dem Sclaven gehörige Sachen zu verkaufen. Dem Eigenthümer wird er nur für den gewonnenen Erlös gehalten.

Weiter l. 26.

„Quum alicui civitati per fideicommissum restitui jussa esset hereditas, magistratus actores horum bonorum Titium, et Sejum, et Cajum idoneos creaverunt; postmodum hi actores inter se diviserunt administrationem bonorum, idque egerunt sine auctoritate, et sine consensu magistratuum. Post aliquod tempus testamentum, per quod restitui civitati hereditas fideicommissa est, irritum probatum est pro tribunali, atque ita ab intestato Sempronius legitimus heres defuncti exstitit; sed ex his actoribus unus non solvendo decessit, et nemo heres ejus exstitit. Quaero: si Sempronius conveniet actores horum bonorum, periculum inopis defuncti ad quos pertinet? Herennius Modestinus respondit: quod ab uno ex actoribus ob ea, quae solus gessit, negotiorum gestorum actione servari non potest, ad damnum ejus, cui legitima hereditas quaesita est, pertinere.“

Einer civitas war durch ein Fideicommiss eine Erbschaft zugefallen. Die magistratus bestellten für dieselbe drei Verwalter, die unter sich nach eigner Willkühr die Verwaltung theilten. Das Fideicommiss wird später umgestossen. Der Erbe fordert die Erbschaft zurück mittelst einer gegen die Actoren angestellten Klage. Wenn einer unter ihnen die seiner Verwaltung überlassenen Güter durchgebracht hat, und von ihm nichts zu erlangen ist, so hat der Erbe den Verlust zu tragen. Die civitas hat nichts zu vertreten. Der bonae fidei possessor soll sich nicht durch den Zufall auf des Eigenthümers Kosten bereichern, er soll aber auch nicht ärmer werden, weil der Zufall wollte, dass er für sein hielt, was einem Andern gehörte.

Zu dem Satze unter Num. 7. ist zu bemerken die schon citirte l. 29. Die Verbindlichkeit des tutor, in Betreff der Rechnungsablegung, soll hier offenbar dieselbe sein, er mag als tutor, oder, weil kein Kind geboren wurde, als negot. gestor für eine andere, ihm vielleicht völlig unbekannte, nunmehr als Erbe eintretende Person thätig geworden sein.

Weiter l. 6. §. 7. u. 8.

„Sed et si hominis liberi, qui tibi bona fide serviebat, negotia gessero, siquidem putans, tuum esse servum, gessi, Pomponius scribit, earum rerum peculiarum causa, quae te sequi debent, tecum mihi fore negotiorum gestorum actionem, earum vero rerum, quae ipsum sequuntur, non tecum, sed cum ipso. Sed si liberum scivi, earum quidem rerum, quae eum sequuntur, habebo adversus eum actionem, earum vero, quae te sequuntur, adversus te.“

„§. 8. Si Titii servum putans, qui erat Sempronii, de-

dero pecuniam, ne occideretur, ut Pomponius ait, habebo negotiorum gestorum adversus Sempronium actionem.“

Endlich l. 45. §. 2.

„Titius pecuniam creditoribus hereditariis solvit, existimans, sororem suam defuncto heredem testamento exstitisse; quamvis animo gerendi sororis negotia id fecit, veritate tamen filiorum defuncti, qui sui heredes patri sublato testamento erant, gessit; sed quia aequum est, in damno eum non versari, actione negotiorum gestorum id eum petere placuit.“

Die Ausnahme unter 7. b. ist ganz rationell. Der Dritte ist aus der Genehmigung demjenigen, der gezahlt hat, condictione indebiti gehalten, und der Schaden, der ihn solchergestalt treffen kann, kann nur dadurch abgewendet werden, dass der Empfänger ihm das Gezahlte ausantwortet. M. vergl. l. 6. §. 9.

„Item quaeritur apud Pedium libro septimo. si Titium quasi debitorem tuum extra judicium admonuero, et is mihi solverit, quum debitor tuus non esset, tuque postea cognoveris, et ratum habueris, an negotiorum gestorum actione me possis convenire? Et ait: dubitari posse, quia nullum negotium tuum gestum sit, quum debitor tuus non fuerit. Sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium, et sicut ei, a quo exactum est, adversus eum datur repetitio, qui ratum habuit, ita et ipsi debebit post ratihabitionem adversus me competere actio. Sic ratihabitio constituit tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tui contemplatione gestum.“

Die Schlussworte: sic ratihabitio etc. beziehen sich nur auf den bemerkten Fall. Allgemein und so verstanden, als wenn jedesmal die ratihabitio das fremde Geschäft in des Ratihabirenden eignes verwandeln könnte, wären sie offenbar falsch, wie dies §. 11. l. c. beweist.

„Quid ergo, inquit Pedius, si quum te heredem putarem, insulam fulsero hereditariam, tuque ratum habueris? an sit mihi adversus te actio? Sed non fore, ait, quum hoc facto meo alter sit locupletatus, et alterius re ipsa gestum negotium sit, nec possit, quod alii acquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.“

Dasselbe wie §. 9. besagt §. 10.

„Idem ait: si Titii debitorem, cui te heredem putabam, quum esset Sejus heres, convenero similiter, et exegero, mox tu ratum habueris, esse mihi adversus te, et tibi mutuam negotiorum gestorum actionem. Atqui alienum negotium gestum est, sed ratihabitio hoc conciliat; quae res efficit, ut tuum negotium gestum videatur, et a te hereditas peti possit.“

Zu Erläuterung der Schlussworte dient l. 16. §. 1. de hered. petit.

Zu dem Satze unter Num. 8. gehört l. 27. pr.

„Ex duobus fratribus, uno quidem suae aetatis, alio vero minore annis, quum haberent communia praedia rustica, major frater in saltu communi, habente habitationes paternas, ampla aedificia aedificaverat, quumque eundem saltum cum fratre divideret, sumtus sibi, quasi re meliore ab eo facta, desiderabat, fratre minore jam legitimae aetatis constituto. Herennius Modestinus respondit: ob sumtus nulla re urgente, sed voluptatis causa factos, eum, de quo quaeritur, actionem non habere."

l. 31. §. 7.

„Uno defendente causam communis aquae, sententia praedio datur; sed qui sumtus necessarios ac probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet."

Hierbei ist zu bemerken, dass die communes aedes in l. 40. augenscheinlich ein einziges Gebäude bezeichnen, das aber nach innen und aussen wirklich abgetheilt war.

„Si communes aedes tecum habeam, et pro tua parte damni infecti vicino cavero, dicendum est, quod praestitero, negotiorum gestorum actione potius, quam communi dividundi judicio, posse me petere, quia potui partem meam ita defendere, ut socii partem defendere non cogerer."

Der Satz unter Num. 9. ist nirgends ausgesprochen. Es liegt aber in der Natur der Sache, dass Niemand nach vermeintlichen Rechten und Verbindlichkeiten kann beurtheilt werden.

§. 5.

Zu dem Satze unter Num. 10.

Am bedeutendsten für die Lehre von des negot. gestoris Verbindlichkeiten ist der Satz unter Num. 10. Denn insoweit man die in den vorhergehenden Sätzen enthaltenen Fälle nicht nach der hier angegebenen Vorschrift zu beurtheilen hat, liegt die Norm der Beurtheilung gar nicht in Grundsätzen, die der negot. gestio eigenthümlich sind.

Den höchsten Grundsatz, nach dem, unter der in Num. 10. angezogenen Voraussetzung, des negot. gestoris Verbindlichkeiten gegen den Abwesenden zu beurtheilen sind, spricht l. 39. in den Schlussworten aus: „naturalis enim, simul et civilis ratio suadet, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse" [der

übrige Inhalt der Stelle wird in Verbindung mit der Lehre de in rem verso erörtert werden] d. h. der Geist des natürlichen und positiven Rechtes verstattet, dass man einem Andern Vortheil schaffe, und verbietet, einem Andern schädlich zu werden. Daraus und aus der weiter unten auszuführenden Wahrheit, dass der negot. gestor alles gethan hat was von ihm verlangt werden kann, wenn er conservativ und nicht positiv schädlich zu Werke gegangen, keinesweges aber verbunden ist, dem Abwesenden Gewinn zu schaffen, folgt denn, indem wir ein für allemal wiederholen, dass wir von jetzt an des negot. gestoris Verbindlichkeiten nur unter den in Num. 10. hervorgehobenen Beziehungen erwägen, dass derselbe das begonnene Geschäft nicht unzeitig und unter Umständen abbrechen dürfe, wo es besser gewesen wäre, dem Geschäfte sich gar nicht zu unterziehen, als es liegen zu lassen.

Zu 10. a.

M. vgl. l. 21. §. 2.

„Si vivo Titio negotia ejus administrare coepi, intermittere mortuo eo non debeo; nova tamen inchoare necesse mihi non est, licet vetera explicare ac conservare necessarium sit, ut accidit, cum alter ex sociis mortuus est; nam quaecunque prioris negotii explicandi causa geruntur, nihilum refert, quo tempore consumentur, sed quo tempore inchoarentur."

Man würde die Stelle ohnstreitig falsch verstehen, wenn man sie in dem Sinne auffasste, dass wer eines Abwesenden Angelegenheiten bei dessen Lebzeiten zu besorgen angefangen, diese Besorgung fortsetzen müsse, so lange der Abwesende abwesend bleibt.

Die Bedeutung der Stelle ist ohnstreitig die, dass wenn ich aus persönlichen Rücksichten für einen Abwesenden in dessen Angelegenheiten thätig geworden bin, ich dieselben nicht auf eine dem Nachlasse schädliche Weise abbrechen darf, wenn mit des Abwesenden Tode diese persönlichen Rücksichten verschwinden. Denn der negot. gestor hat vetera explicando et conservando genug gethan.

Ein Beispiel wird den Satz erläutern.

B unterzieht sich der Reparatur des Wind und Wetter durchlassenden Daches auf des abwesenden A Hause; gesetzt nun, er risse das alte Dach ab und liesse es dabei bewenden, ohne wieder gehörig zuzudecken, so wäre es besser, er hätte gar nichts gethan, und dies wird gegen ihn entscheidend, der Abwesende mag während des begonnenen Abtragens des alten Daches gestorben sein oder nicht.

Zu 10. b.

M. vgl. l. 19. §. 4.

„Non tantum sortem, verum etiam usuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum judicio praestabimus.“

„l. 23. Si quis negotia aliena gerens indebitum exegerit, restituere cogitur.“

„l. 32. §. 1. Ignorante virgine mater a sponso filiae res donatas suscepit; quia mandati vel depositi cessat actio, negotiorum gestorum agetur.“

l. 21. §. 3. cit.

„l. 8. §. 1. Item si fundum tuum vel civitatis per obreptionem petiero, negotium tuum vel civitatis gerens, et ampliores, quam oportuit, fructus fuero consecutus, debebo hoc ipsum tibi vel reipublicae praestare, licet petere non potuerim.“

Wenn ich als negot. gestor für eine Person oder eine Gemeinheit vindicationem fundi anstelle und durch wahrheitswidrige Vorspiegelungen es dahin bringe, dass der Beklagte an zu restituirenden Nutzungen mehr erstatten muss, als er wirklich schuldig war, so muss ich auch den Ertrag dieser Industrie dem Abwesenden ausantworten, völlig abgesehen davon, ob derselbe ebenfalls eines so erspriesslichen Verfahrens wäre fähig gewesen.

In diesem Zusammenhange ist zu bemerken auch l. 48.

„Ignorante quoque sorore, si frater negotium ejus gerens dotem a viro stipulatus sit, judicio negotiorum gestorum, ut virum liberet, jure conveniretur.“

Die Verbindlichkeit, den Promittenten auf Verlangen der Abwesenden zu liberiren, ist nur eine besondere Gestaltung der Verbindlichkeit, die Klage aus dem Versprechen abzutreten.

„l. 31. §. 1. Inter negotia Sempronii, quae gerebat, ignorans Titii negotium gessit. Ob eam quoque speciem Sempronio tenebitur.“ Die folgenden Worte: „Sed ei (negot. gestori) cautionem indemnitatis officio judicis praeberi necesse est, adversus Titium, cui datur actio“ sind eine Bestätigung des Satzes unter Num. 7. Die Schlussworte: „idem in tutore juris est“, bedürfen keiner Erläuterung.

Zu 10. c.

Es giebt Fälle, wo die negot. gestio so einfach ist, dass es zu Beurtheilung der daraus entstehenden Verbindlichkeiten keiner Rechnung bedarf. Z. B. l. 6. §. 2.

„Si quis pecuniam, vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit.“

Wo dies aber nicht der Fall ist, so versteht es sich von selbst, dass die erforderliche Rechnung mit vollständiger Genauigkeit muss abgelegt werden; denn jede Verbindlichkeit ist sorgfältig zu erfüllen.

Man vergleiche §. 1. J. de O. q. c. contractu. (III. 27.) (28.)

„Sicut autem is, qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum: ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat, quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem.“

Zu 10. d. und e.

Die negot. gestio kann auf des Abwesenden Vermögen destructiv, conservativ oder lucrativ einwirken, mit andern Worten, schädlich oder nützlich werden, und letzteres wird sie entweder, indem sie dem Abwesenden erhält, was ihm sonst wäre verloren gegangen, oder einen Gewinn schafft, der ihm ausserdem entgangen wäre.

Da man Niemandem schädlich werden soll, so versteht es sich von selbst, dass der negot. gestor für das schädliche Resultat der negot. gestio einstehen muss und dadurch zur Leistung von Ersatz verbunden wird; und da man einem Jeden nützlich werden darf, ohne besonderen Grund aber Niemandem verbunden ist, ihm nützlich zu werden, so folgt, dass der negot. gestor nicht verantwortlich wird, wenn er verabsäumt hat, dem Abwesenden mehr zu erhalten oder zu gewinnen, als er ihm erhalten oder gewonnen.

Folgende Stellen rechtfertigen diese Ansicht.

„l. 3. §. 9. Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari; nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris, aequissimum esse, dolum duntaxat te praestare. Quae sententia habet aequitatem.“

Schulden halber sollen eines Abwesenden Güter verkauft werden. Niemand ist berufen, dagegen vermittelnd einzutreten. Wenn Jemand es dennoch thut, so kann er culposer Weise keinen Schaden stiften, keine Verminderung eines Vermögens bewirken, das ja doch dem Abwesenden verloren gegangen wäre. Eine culpa, insofern der negot. gestor nicht conservativ gewirkt hat, was bei mehrerer Anstrengung vielleicht möglich gewesen wäre, wenn die Gläubiger die Hand

zu einem Abkommen dürften geboten haben, ist nicht denkbar, denn der negot. gestor war nicht gehalten, conservative Resultate hervorzubringen, und nur Versäumung dessen, wozu man gehalten, ist culpa. Demnach bleibt nur der dolus, die positive Schädlichkeit zur Vertretung übrig, wenn der anscheinende Freund arglistig zu Werke gegangen, den Preis der zu verkaufenden Güter in der öffentlichen Meinung heruntergebracht hat, damit er oder Andre sie für einen Spottpreis erwerben könnten.

l. 21. §. 3. cit. Wenn der negot. gestor, der die Geschäftsführung vermittelst eines Mandatars ausgeführt hat, für alles einstehen müsste, was er zu erhalten oder zu gewinnen verabsäumt, so könnte dies unmittelbar von dem negot. gestor gefordert werden, und der Abwesende brauchte sich nicht die Klage von dem negot. gestor gegen den Mandatar abtreten zu lassen.

„l. 31. §. 2. Litem in judicium deductam, et a reo desertam frustratoris amicus ultro egit, causas absentiae ejus allegans judici; culpam contraxisse non videbitur, quod, sententia contra absentem dicta, ipse non provocavit. Ulpianus notat: Hoc verum est, quia frustrator condemnatus est; ceterum si amicus, quum absentem defenderet, condemnatus negotiorum gestorum aget, poterit ei imputari, si, quum posset, non appellarit."

Die Folgen der Contumaz einen Abwesenden nicht treffen zu lassen, sucht ein Freund desselben auszuführen, dass die Abwesenheit unverschuldet, und darum, nach heutiger Sprache, nicht auf die Contumaz zu erkennen sei. Ein erstes Erkenntniss fällt um nichts weniger gegen den Abwesenden aus. Wenn nun schon der Freund durch eingewendete Appellation eine andere Entscheidung hätte herbeiführen können, so macht ihn dies doch nicht verantwortlich, „quia absens (frustrator) condemnatus est." Denn sobald Jemand ohne mein Zuthun verurtheilt worden wäre, ist von mir schon mehr als genug geschehen, wenn ich irgend etwas gethan habe, die Verurtheilung abzuwenden.

Ganz anders aber verhält es sich, wenn (ceterum si amicus etc.) ein Freund auf seinen Namen, aber für Rechnung des Abwesenden, einen Prozess führt, durch seine Schuld verurtheilt wird, und nun von dem Abwesenden die Erstattung des Objectes fordert. Hier wird es dem negot. gestor zur Last gelegt, wenn er Rechtsmittel verabsäumt, Widrigenfalls, und wenn der Abwesende demohngeachtet Ersatz leisten müsste, würde ihm die negot. gestio schädlich sein. Zu Erläuterung der Stelle ist beispielsweise Folgendes zu bemerken:

A ist abwesend, und B nimmt für denselben als Beklagter einen Prozess auf, indem er dem Kläger cautionem rati leistet. Er verliert den Prozess, den er mittelst des Gebrauches von Rechtsmitteln hätte gewinnen können; der Abwesende will bei seiner Rückkehr das unglückliche Resultat nicht gelten lassen, und der defensor verfällt in die cautionem rati. Daferne dieser nun Ersatz von dem A fordern könnte, so würde gegen A es in der Wirkung gleich sein, ob er selbst oder ob B sein, des A, gutes Recht zum Unrecht hätte werden lassen. B kann den A eben so wenig für das schädliche Resultat verbinden, als B dem A gehalten war, ihm ein nützliches zu verschaffen.

l. 20. C.

„Tutori vel curatori similis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit, quippe superioribus quidem necessitas muneris administrationis finem, huic autem propria voluntas facit, ac satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. Secundum quae super his quidem, quae nec tutor, nec curator constitutus ultro quis administravit, quum non tantum dolum et latam culpam, sed et levem praestare necesse habeat, a te conveniri potest, et ea, quae tibi ab eo deberi patuerit, cum usuris compelletur reddere. De ceteris vero, quae ab aliis tui constituta juris detenta exacta non sunt, ab hoc, qui nec agendi quidem propter exceptionis obstaculum facultatem habere potuit, exigi non potest, et idcirco adversus eos, quos res tuas tenere dicis, detorquere tuas petitiones debes.“

Aus den Worten: „de ceteris vero, quae ab aliis etc.“ ersehen wir, dass ein Abwesender von seinem negot. gestor forderte, was derselbe, seiner Meinung nach, hätte von andern beitreiben können und sollen. Dies wird für unstatthaft erklärt; denn der negot. gestor habe propter exceptionis obstaculum nicht einmal klagen können. Allein der Eingang der Stelle giebt einen noch umfassenderen Entscheidungsgrund, der auch dann Platz ergreifen würde, wenn des Abwesenden Schuldner ohnbestreitbar die ermangelnde Legitimation nicht exceptivisch würde geltend gemacht haben, und dies zwar in den Worten: „satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore succuratur.“ Deutlicher als hier kann wohl nicht ausgesprochen werden, dass die negot. gestio den neg. gestor nur zu dem beliebigen Nützlichwerden verbindet. Der mittlere Satz „secundum quae“ bis „reddere“ spricht allerdings auch von einer culpa levis, die auch der negot. gestor praestiren soll. Allein offenbar, wie die folgenden Worte: „de ceteris vero, quae ab aliis detenta“ dies beweisen, nur in Betreff dem Abwesenden gehöriger von dem negot. gestore detinirter Gegenstände, die der negot. gestor so wenig als ir-

gend Jemand der Beschädigung, dem Verlorengehen aussetzen soll.

Wenn der Satz unter e. richtig ist, so ist es auch der Satz unter d.; denn ein solches Gegeneinanderaufrechnen könnte nicht zugelassen werden, wenn der negot. gestor sich auch mit dem zu belasten hätte, was er zu erhalten oder zu gewinnen verabsäumt.

Dass aber der Satz unter e. richtig ist, beweist l. 11.

„Quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens compensare lucrum cum damno debet."

Einen erläuternden Gegensatz bildet l. 23. §. 1. pro socio.

Wenn der Socius theils Gewinn, theils Schaden gebracht hat, so tritt eine solche Gegeneinanderrechnung nicht ein. Denn hier findet ein Contractsverhältniss statt, das der allgemeinen Verbindlichkeit, Niemandem schädlich zu werden, die besondere hinzufügt, in Hinsicht auf das gemeinsame Geschäft auch nützlich zu werden.

Zu den Worten: ob in Folge ein und derselben Geschäftsführung.

Man denke sich den Fall: des abwesenden A negot. gestor B hatte über dem Ersteren gehörige Güter disponirt, und dabei, alle Kosten abgerechnet, 1000 Thlr. gewonnen, die A nicht würde gewonnen haben. A kehrt zurück, stellt aber die zu dem Betrage von 1000 Thlr. begründete Klage nicht an, weil er wieder verreisen muss. B unterzieht sich wieder den Geschäften, und zwar in einer auch für den Zufall verantwortlich machenden Weise. Wenn A nunmehr zurückkehrt, und auf die ersten 1000 Thlr. Gewinn und die andern 1000 Thlr. Verlust gegen B klagt, so kann ihm dieser die Compensation nicht zumuthen. Das jus quaesitum auf Ausantwortung des Gewinnes war einmal vorhanden. B kann sich nicht durch ein einseitiges Factum die Ermächtigung geben, diesen Gewinn zur Deckung einer Verbindlichkeit zu verwenden. Anders verhält es sich, wenn vor der ersten Rückkehr des A 1000 Thlr. gewonnen und 1000 Thlr. verloren worden. Hier hatte das Resultat der negot. gestio keinen Schaden gebracht. Dass aber insoferne der negot. gestor mehreren, so zu sagen, negot. gestionen für einen und ebendenselben Abwesenden vorgestanden hat, das Resultat der einen nicht in das Resultat der andern hinüberzuziehen sei, belegen l. 15. u. 16.

„Pomponius libro vicesimo sexto: in negotiis gestis initio cujusque temporis conditionem spectandam, ait. Quid enim, inquit, si pupilli negotia coeperim gerere, et inter moras pubes factus sit? vel servi, aut filii-familias, et interea liber,

aut pater-familias effectus sit? Hoc et ego verius esse didici, nisi si ab initio quasi unum negotium gestorus accessero, deinde alio animo ad alterum accessero eo tempore, quo jam pubes, vel liber, vel pater-familias effectus est. Hic enim quasi plura negotia gesta sunt, et pro qualitate personarum et actio formatur, et condemnatio moderatur."

„l. 16. Sed et cum aliquis negotia mea gerit, non multa negotia sunt, sed unus contractus, nisi si ab initio ad unum negotium accessit, ut finito eo discederet. Hoc enim casu, si nova voluntate aliud quoque aggredi coeperit, alius contractus est."

Ebendasselbe belegt l. 8. §. 2.

„Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a judice, potest contrario judicio agi. Quodsi post examinationem reprobatae fuerint compensationes, verius est, quasi re judicata amplius agi contrario judicio non posse, quia exceptio rei judicatae opponenda est."

Contrarium judicium, als die separate Ausführung dessen, was nicht excipiendo ist ausgeführt worden, und judicium directum sind Correlate einer und derselben Prozessführung, und daher wäre es begriffswidrig, wenn in Folge des judicii directi aus dem Contracte a. ein contrarium aus dem Contracte b. sollte gegeben werden.

Zu dem Satze unter Num. 10. f.

gehört als Beleg l. 6. §. 12.

„Videamus in persona ejus, qui negotia administrat, si quaedam gessit, quaedam non, contemplatione tamen ejus alius ad haec non accessit, etsi vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit, an dici debeat, negotiorum gestorum actione eum teneri et propter ea, quae non gessit? Quod puto verius."

Es ergiebt sich aus dem Satze unter d. Denn die negot. gestio ist dem Abwesenden schädlich geworden. Sie hat ihm entzogen, was ihm ausserdem wäre geworden.

Zu dem Satze unter 10. g.

Ueber den Schaden, den die negot. gestio zufällig anrichtet, enthält das röm. Recht Ansichten, die vielleicht in Widerspruch mit denjenigen stehen, welche die freie, von positiven Gesetzgebungen abstrahirende Speculation über gegebene Rechtsverhältnisse für richtig anerkennen dürfte. Ein Beispiel wird dies erläutern. A verreist und hinterlässt in des B Gewahrsam Staatspapiere. Den plötzlich durch unerwartete Con-

juncturen sich ungewöhnlich steigernden Cours benutzt B, und verkauft die Papiere. Der Kaufpreis geht verloren. Wenn A zurückkommt und die deponirten Papiere zurückfordert, kann dann B sich mit der an sich gutgemeinten, zweckmässigen, in dem Resultate aber durch einen Zufall vereitelten Geschäftsführung, der Verbindlichkeit entschlagen, den Werth der Papiere zu erstatten? Oder man denke sich folgenden Fall: A will die Papiere verkauft haben, und ertheilt dem C den Auftrag, sich dieselben von B ausantworten zu lassen und sie zu verkaufen. Der Auftrag gelangt aber nicht an C, oder dieser unterzieht sich demselben nicht. Jedoch, von des A Absicht unterrichtet, thut B was C hätte thun sollen, und verkauft. Der Erfolg rechtfertiget die Maassregel nicht, denn die Papiere steigen noch mehr, und A würde, hätte er dies vorhersehen können, den Auftrag nicht ertheilt haben. Soll B nicht verantwortlich werden, weil er durch seine Einmischung für A die wohlthätigen Folgen des Zufalls vernichtet hat, die es ohne seine Einmischung für Letzteren gehabt haben würde, dass C den Auftrag nicht ausführte? Man möchte versucht sein, dies zu bejahen. Von andern Ansichten aber gehen die Römer aus. Um das Interesse der Abwesenden zu fördern, bekannten sie sich zu der Maxime, den negot. gestor für den zufälligen Schaden nur dann haften zu lassen, wenn nicht vorauszusetzen ist, der negot. gestor habe gethan, was zu thun der Abwesende, wenn er gekonnt hätte, ein Mandat ertheilt haben würde, und unter dieser Voraussetzung den negot. gestor für den Zufall nicht mehr obligat zu machen, als er es als Mandatar geworden wäre.

M. vgl. darüber folgende Stellen:

„l. 43. Quum pecuniam ejus nomine solveris, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, quum ea solutione debitor a creditore liberatus sit; nisi si quid debitoris interfuit, eam pecuniam non solvi.“

Der Zahlende hat hier actionem negot. gest., sobald es im Interesse des Schuldners lag, dass die Zahlung erfolgte, mit andern Worten, wenn die Voraussetzung gerechtfertigt ist, dass der Abwesende, daferne er gekonnt hätte, Auftrag zur Zahlung gegeben haben würde. Einen Gegensatz bildet

„l. 11. Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam, et dolum praestare debes. Sed Proculus: interdum, ait, etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras, veluti venales novicios coëmendo, vel aliquam negotiationem ineundo; nam si quod damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem.“

Wenn ich für Rechnung eines Abwesenden Geschäfte unternehme, die von der Art und Weise der gewohnten Vermö-

gensverwaltung desselben so sehr abweichen, dass man voraussetzen kann, er selbst würde weder in solcher Weise zu Werke gegangen sein, noch, wenn er auch gekonnt hätte, ein entsprechendes Mandat gegeben haben, so hafte ich auch für den Zufall.

l. 6. §. 8. cit.

Niemand wird in Abrede stellen, dass in einem Falle der in §. cit. bemerkten Art, die mehrerwähnte Voraussetzung unbedenklich fällt, und sobald diese eintritt, hat der negot. gestor für den Erfolg nicht einzustehen, sobald nur dieser nicht durch sein eignes Verschulden aufgehoben wird. Ganz dasselbe gilt von dem Mandatar.

Jeder abwesende Erbe muss den Wunsch haben, dass die Erbschaft, welche er noch nicht unter seine Administration hat ziehen können, Jemand anders unter seine zweckmässige Verwaltung nehme. Wenn auf diese Weise etwas verloren geht, so haftet der freiwillig eingetretene Verwalter für nicht mehr, als der Mandatar haften würde.

A, der Schuldner des B für 50 Thlr., stirbt. B unterzieht sich der Verwaltung, bei der C als Erbe interessirt ist. Die Verwaltung verursacht dem B einen Aufwand von 10 Thlr. Er löst 100 Thlr. aus dem Verkaufe erbschaftlicher Güter, und diese 100 Thlr. gehn verloren. Ob B für diesen Verlust einzustehen habe, hängt von den Umständen ab. Wenn er die 100 Thlr. in Casse behielt und dadurch den Verlust möglich machte, so haftet B für die 100 Thlr., dafern er den Umständen nach und als fleissiger Verwalter, der vor allen Dingen daran denkt, die Schulden zu bezahlen, das Geld nicht hätte hinlegen, sondern sich und andere erbschaftliche Gläubiger bezahlen sollen. Dann muss er den Verlust tragen, jedoch in der Maasse, dass er statt 100 Thlr. nur 90 Thlr. herausgiebt; denn dadurch, dass 100 Thlr. verloren gingen, ist das Factum nicht aufgehoben, dass er mit 10 Thlr. conservativ für nicht verkaufte Gegenstände eingetreten, und diese Verwendungssumme ihm wie einem Mandatar zu erstatten ist. Es können aber auch Umstände eintreten, wo selbst ein fleissiger Verwalter oder Mandatar eingegangene Gelder lieber in Casse behält, als dass er sie zu Bezahlung von Schulden verwendet; z. B. wenn der Fall zu besorgen ist, dass er, von ausreichenden baaren Mitteln entblösst, die Grundstücke müsste subhastiren lassen, oder mehr als geborgt worden, bezahlen, daferne mit der Zahlung nicht der Tag sollte eingehalten werden (poena trajectitiae pecuniae), oder dass eine Conventionalstrafe verfiele (aut ex compromisso committeretur). Unter solchen Umständen schadet es dem negot. gestor nicht, den Erlös in Casse behalten und dadurch den Verlust herbeigeführt zu haben. Weshalb er denn nicht nur die verwendeten 10 Thlr.

und die Schuld von 50 Thlr. von dem Erben einklagen kann, sondern auch für die verloren gegangenen 100 Thlr. nichts ersetzt.

M. vgl. hiermit l. 13.

„Debitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, decessit; hujus hereditatis curationem suscepi, et impendi decem; deinde redacta ex venditione rei hereditariae centum, in arca reposui; haec sine culpa mea perierunt. Quaesitum est, an ab herede, qui quandoque exstitisset, vel creditam pecuniam quinquaginta petere possim, vel decem, quae impendi? Julianus scribit: in eo verti quaestionem, ut animadvertamus, an justam causam habuerim seponendorum centum; nam si debuerim et mihi, et ceteris hereditariis creditoribus solvere, periculum non solum sexaginta, sed et reliquorum quadraginta me praestiturum, decem tamen, quae impenderim, retenturum. (id est sola nonaginta restituenda). Si vero justa causa fuerit, propter quam integra centum custodirentur, veluti si periculum erat, ne praedia in publicum committerentur, ne poena trajectitiae pecuniae augeretur, aut ex compromisso committeretur, non solum decem, quae in hereditaria negotia impenderim, sed etiam quinquaginta, quae mihi debita sunt, ab herede me consequi posse.“

l. 10. §. 1. Diese Stelle ist in einzelnen Absätzen zu erläutern.

„Is autem, qui negotiorum gestorum agit, non solum si effectum habuit negotium, quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium; et ideo si insulam fulsit, vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, aget negotiorum gestorum, idque et Labeo probat. *)

Man muss voraussetzen, dass Jedermann das Seinige wünscht erhalten zu sehen, und zur Erhaltung dessen, wofür er selbst Sorge zu tragen abgehalten ist, wenn er gekonnt, Auftrag ertheilt hätte. Darum fordert, wer Jemandes Gebäude reparirt, auf Heilung eines fremden Sclaven Geld verwendet hat, von dem Eigenthümer den Ersatz seines Aufwandes, und der Umstand, dass das Erhaltene späterhin untergegangen ist, beeinträchtigt des negot. gestoris Forderung des Ersatzes eben so wenig, als durch einen solchen hinzugekommenen Verlust sie in der Person eines Mandatars würde beeinträchtigt sein.

„Sed, ut Celsus refert, Proculus apud eum notat, non semper debere dari. Quid enim, si eam insulam fulsit, quam

*) Ganz conform ist hiermit l. 12. §. 2.

„Sicut autem in negotiis vivorum gestis sufficit utiliter negotium gestum, ita et in bonis mortuorum, licet diversus exitus sit secutus.“

dominus quasi impar sumtui dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putarit? Oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, quum unicuique liceat, et damni infecti nomine rem derelinquere.“

Allein nach Celsus Relation hatte Proculus die Bemerkung gemacht, dass die conservative negot. gestio nicht immer zur Klage berechtigt. Denn wie nun (quid enim) fährt Ulpian fort: wenn dem Eigenthümer nichts an der Erhaltung lag, mit andern Worten: wenn nicht vorauszusetzen ist, dass der Eigenthümer es könnte angemessener gefunden haben, Jemandem den entsprechenden Auftrag zu geben? Allein nach Labeos Meinung (sagte Celsus „inquit“) sollte um nichts weniger den Eigenthümer der Ersatz treffen, derselbe damit onerirt werden können; welchergestalt denn das Resultat der negot. gestio zu einem onus für den Eigenthümer wird, während es in der Regel Jedem freisteht (z. B. indem er nicht de damno infecto Caution leisten will), sein Eigenthum aufzugeben.

Celsus aber fand diese Meinung des Labeo lächerlich.

„Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet; is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit; non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patrem-familias, aggreditur.“

Diese Worte lassen sich füglich so paraphrasiren: Niemand ist befugt, einem Eigenthümer Kosten für einen entbehrlichen oder gar kostspieligen Gegenstand aufzubürden, an dessen Erhaltung ihm nichts liegen konnte, den ihm zu erhalten er Niemanden aufgefordert und beauftragt haben würde.

Die folgenden Worte sind leicht.

„Juxta hoc est et quod Julianus scribit: eum, qui insulam fulsit, vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus. Ego quaero: quid, si putavit, se utiliter facere, sed patri-familias non expediebat? Dico: hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem; ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum.“

Ihre Uebereinstimmung mit den von dem Verfasser aufgestellten Sätzen bedarf keiner besondern Auseinandersetzung.

§. 6.

Fortsetzung.

Die Sätze unter 10. h. und 10. i. beruhen auf sittlichen Ansichten, wie man sie, besonders in der Lehre von der na-

türlichen Verbindlichkeit vielfach in der röm. Jurisprudenz durchgeführt findet. *)

Dass Jemand, der negot. gestor für einen andern wird, es in der angegebenen Beziehung für ebendenselben auch gegen sich selbst werde, dies schien den Römern die bona fides eben so gebietrisch zu verlangen, als wenn der negot. gestor sich dazu mittelst feierlichen Versprechens besonders hätte verbindlich gemacht.

M. vgl. l. 7.

„Quia tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio."

Die Stelle steht in unzertrennbarem Zusammenhange mit l. 6. §. 12. in fine, welche Stelle weiter unten wird erklärt werden.

Die Erläuterung der hierher gehörigen Gesetzstellen wird ausweisen, dass der Satz unter 10. i. nur die consequente Anwendung des Satzes unter 10. h. ist.

1) „l. 38. Qui sine usuris pecuniam debebat, creditoris sui gessit negotia. Quaesitum est: an negotiorum gestorum actione summae illius usuras praestare debeat? Dixi: si a semetipso exigere eum oportuit, debiturum usuras; quodsi dies solvendae pecuniae tempore, quo negotia gerebat, nondum venerat, usuras non debiturum, sed die praeterito, si non intulit rationibus creditoris, cujus negotia gerebat, eam pecuniam a se debitam, merito usuras bonae fidei judicio praestiturum. Sed quas usuras debebit? videamus, utrum eas, quibus aliis idem creditor foenerasset? an et maximas usuras? quoniam ubi quis ejus pecuniam, cujus tutelam negotiave administravit, aut magistrus municipii publicam in usus suos convertit, maximas usuras praestat, ut est constitutum a divis principibus. Sed istius diversa causa est, qui non sibi sumsit ex administratione nummos, sed ab amico accepit, et ante negotiorum administrationem. Nam illi, de quibus constitutum est, quum gratuitam, certe integram et abstinentem omni lucro praestare fidem deberent, licentia, qua videntur abuti, maximis usuris vice cujusdam poenae subjiciuntur; hic bona ratione accepit ab alio mutuum, et in usuras quia non solvit, non quia ex negotiis, quae gerebat, ad se pecuniam transtulit, condemnandus est. Multum autem refert, incipiat nunc debitum, an ante nomen fuerit debitoris, quod satis est ex non usurario facere usurarium."

*) So wird auch der tutor gehalten, ut a semetipso exigat, was er dem Mündel schuldet.

Wenn des negot. gestoris Schuld an und für sich selbst zinsbar war, so laufen die versprochenen Zinsen fort. Wenn sie aber nicht zinsbar war, so begründet der negot. gestor dadurch, dass er non a semetipso exegit die Zinsverbindlichkeit. Allein welcher Zinsfuss soll angenommen werden? Der Jurist entscheidet sich für „usuras, quibus aliis idem creditor foenerasset", welche Worte man ohnstreitig so zu übertragen hat: Zinsen nach Maassgabe des zur Verfallzeit in der Gegend bestehenden Zinsfusses. Den Zweifel, ob nicht usurae maximae zu berechnen sein dürften, weil solche den Administratoren zur Last fallen, die unbefugt über fremde Gelder für eigne Rechnung disponirten, findet der Jurist unerheblich, indem, worinne ihm wohl Jedermann beistimmen wird, Administratoren, die durch ihr eignes widerrechtliches Factum erst die Schuld selbst begründeten, sich ahndungswürdiger benehmen als der Schuldner, der unberichtigt lässt, was er contractmässig und auf erlaubte Weise schuldig geworden.

2) „l. 6. §. 12. Certe si quid a se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur. Quanquam enim hoc ei imputari non possit, cur alios debitores non convenerit, quoniam conveniendi eos judicio facultatem non habuit, qui nullam actionem intendere potuit, tamen a semetipso cur non exegerit, ei imputabitur, et si forte non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium, ut divus Pius Flavio Longino rescripsit, nisi forte, inquit, usuras ei remiserit."

Die Schlussworte: et si forte etc. gehören zu den schwierigen Stellen. Wenn die Schuld eine unverzinsbare war, soll sie eine zinsbare werden, dafern nicht der abwesende Gläubiger die Zinsen erlassen hat.

Nun bemerke man:

Entweder ist die Schuld eine unverzinsbare geworden, weil der Gläubiger sich zu einem Remiss des Zinsversprechens bewogen gefunden hat. Das ist es aber in der Wirkung eben so viel, als wenn kein Zinsversprechen stattgefunden hat, und man sieht nicht ein, warum ein unzinsbar gewordenes Capital in vorliegender Beziehung anders soll beurtheilt werden, als ein gleich anfänglich unzinsbar gewesenes; oder der Gläubiger hat für den Fall der Säumniss die Verzugszinsen erlassen. Alsdann spricht die Stelle eine Trivialität aus. Denn es versteht sich, dass Niemand eine Forderung geltend machen kann, deren er sich im Voraus begeben.

Vielleicht hat man die Stelle zu erklären nach Maassgabe von l. 38. cit. und zwar also:

Wenn keine Zinsen versprochen waren, sollen von dem Augenblicke der Säumniss an Zinsen berechnet werden, wie sie nach dem in der Gegend bestehenden Zinsfusse wären er-

reichbar gewesen. Dafern nun die Zinsverbindlichkeit ist aufgehoben worden, dann soll dieselbe nicht als erst durch die Säumniss beginnend („incipit esse usurarium nisi") angesehen, sondern als bereits früher normirt durch das ursprüngliche, dann aber erlassene Zinsversprechen angesehen werden.

3) „l. 8. pr. Si autem is fuit, qui negotia administravit, a quo mandatum non exigebatur, posse ei imputari, cur oblata de rato cautione eum non convenerit, si modo facile ei fuit satisdare. Certe in sua persona indubitatum est, et ideo si ex causa fuit obligatus, quae certo tempore finiebatur, et tempore liberatus est, nihilo minus negotiorum gestorum actione erit obligatus. Idem erit dicendum et in ea causa, ex qua heres non tenetur, ut Marcellus scribit."

Für die Erläuterung ist die Stelle in gesonderten Abschnitten zu betrachten. Zuerst die Worte: „Si autem is fuit satisdare."

Schuldner des Abwesenden nicht belangt zu haben, dies kann dem negot. gestori schon um deswillen nicht zur Last fallen, weil er zu Prozessen nicht legitimirt ist. Wie nun aber, und diese Frage wirft Ulpian in den allegirten Worten auf, wenn die Schuldner keine Legitimation zum Processe verlangten, und sich mit der cautione rati würden begnügt haben; macht es auch alsdann den negot. gestor nicht verantwortlich, die Klage gegen die Schuldner verabsäumt zu haben? Da nun Ulpian auch unter dieser Voraussetzung nicht wagt, den negot. gestor verantwortlich zu finden, sondern die Verbindlichkeit, Schulden einzuziehen, nur hinsichtlich des negot. gestoris eignen Schulden annimmt —„certe in sua persona indubitatum est"—, so bestätigt dies den Satz, dass dem negot. gestor kein Vorwurf daraus gemacht werden dürfe, bei seiner Thätigkeit für den Abwesenden in beliebigen Grenzen geblieben zu sein. Andrerseits kann man sich einen Fall denken, wo der negot. gestor in Folge des Grundsatzes, es dürfe seine Einmischung nicht im mindesten schädlich werden, brauche aber nützlich nur insoweit zu werden, als es der negot. gestor für gut fand, verantwortlich dafür werden kann, dem Abwesenden bei dritten Personen ausstehende Schulden nicht eingezogen zu haben.

Gesetzt B unternimmt für den abwesenden A höchst zweckmässiger Weise die Reparatur eines baufälligen Hauses, bricht aber alsdann aus Mangel an baaren Mitteln die kaum erst begonnene Reparatur ab. In diesem Zustande liegen gebliebener Reparatur stürzt das Haus völlig ein, während der Abwesende, wenn gar nichts geschehen wäre, dasselbe in einem nur halb verfallenen Zustande wieder gefunden hätte. Hätte nun B Ausstände des A einziehen und damit sich in den Stand

setzen können, die Reparatur zu vollenden, so ist er dafür verantwortlich. Denn die negot. gestio soll nicht schädlich werden, und nur durch die Einziehung jener Ausstände konnte in dem vorliegenden Falle das schädliche Resultat vermieden werden.

In diesem Sinne ist auch zu verstehen l. 19. §. 4.

„Non tantum sortem, verum etiam usuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum judicio praestabimus, vel etiam quas percipere potuimus."

Dafern Jemand eines Abwesenden Interesse wahrnimmt, indem er ihm ausstehende Gelder durch deren Einziehung und Aufbewahrung sicher stellt, so wird er unmöglich dadurch weiter verbunden, dem Abwesenden auch noch Zinsgewinn zu schaffen. Gesetzt aber, der negot. gestor zieht ausstehende Capitale ein, wo er nur gebraucht hätte, die Zinsen davon einzukassiren, um den erforderlichen Aufwand für den Abwesenden zu bestreiten; hier zieht er diesem Zinsverlust, positiven Schaden zu, und muss die Zinsen sich zur Last rechnen lassen, die er percipere potuisset.

Nach dieser Ansicht ist l. 31. §. 3.:

„Qui aliena negotia gerit, usuras praestare cogitur, ejus scilicet pecuniae, quae purgatis necessariis sumtibus superest"

zu beschränken auf die Voraussetzung, dass entweder der Abwesende durch des negot. gestoris Gegenrechnung in Verlust kommen würde, wenn dieser nicht Zinsen von den entbehrlich eingezogenen zinsbaren Ausständen zu gewähren hätte, oder dass der negot. gestor eingezogene Gelder auf eigne Rechnung disponirt hat.

Die Worte der l. 8. pr.: „certe in sua persona — erit obligatus" sind nicht schwer. Wenn der negot. gestor gehalten ist, vom Tage der Verfallzeit an dem Abwesenden in Einnahme zu bringen, was er diesem schuldet, so wird in dem Falle, wo die Klage auf die Forderung in kürzerer Frist als gewöhnlich verjährt, es dem negot. gestor nichts helfen, jener Verbindlichkeit nicht nachgekommen zu sein. Denn, was nicht mittelst jener Klage exigibel geblieben, wird unter solchen Umständen es nun mittelst der actio de negot. gest. sein.

Anlangend die Schlussworte: „Idem etc." ist zu bemerken, dass, wenn des negot. gestoris Zahlungsverbindlichkeit nicht auf die Erben übergeht, die Zahlung doch von den Erben mittelst der passiv auf sie übergehenden Klage de negotiis gestis gefordert werden kann, dafern der negot. gestor,

ihr verstorbener Erblasser, die Erfüllung der mehrerwähnten Verbindlichkeit verabsäumt hat.

Nicht nur aber macht die negot. gestio den gestor in der angegebenen Maasse hinsichtlich schuldiger Zahlungen verbindlich, sondern er wird überhaupt, wie dies in dem Satze unter 7. h. ausgesprochen ist, dafür verantwortlich, wenn er irgend eine in Verhältniss zu dem Abwesenden obhabende klagbare Verbindlichkeit unaufgefordert zu erfüllen unterlassen.

Ein Beispiel für diesen Satz enthält l. 35. §. 2.

„Sed nec redhibitoriae speciem venire in negotiorum gestorum actionem, et per hoc sex mensibus exactis perire, si vel mancipium in rebus non invenit, vel eo invento aut deterior homo factus est, aut quod accessionum nomine additum erat, vel quod per eum acquisitum non ex reemtoris, nec invenit, nec recepit; nec erat in ipsius emtoris negotiis, quae gerebat, unde sibi in praesenti redderet."

Gesetzt, dem A hat B einen Sclaven verkauft, dessen Qualitäten den A zur redhibitorischen Klage berechtigen. A verreist, ohne dieselbe anzustellen. B wird negot. gestor desselben. Wenn A nach Ablauf der sechs Monate, innerhalb deren die redhibitorische Klage erlöscht, zurückkehrt, so kann A den B verantwortlich machen, wenn dieser, obschon er es gekonnt hätte, in Betreff des Sclaven nicht durchaus dasjenige Verhältniss hergestellt hat, was stattfinden würde, wenn in Folge der actionis redhibitoriae die Zurücknahme des Sclaven auf Seiten des B erfolgt wäre.

Die ohnstreitig verdorbene Latinität der angezogenen Stelle lässt dennoch sehr deutlich die Voraussetzungen erkennen, unter denen der negot. gestor nicht soll mittelst der Klage aus der negot. gestio für dasjenige gehalten werden, was er in Folge gegen ihn angestellter redhibitorischer Klage dem Abwesenden zu leisten hätte angehalten werden können. Es sind nachstehende:

a. wenn der Sclave nicht zurückgenommen werden kann, weil er sich nicht vorfindet;

b. wenn der Sclave oder dessen Accessionen deteriorirt worden sind, dergestalt, dass B, wäre er redhibitorie belangt worden, die Zurücknahme zu verweigern wäre befugt gewesen;

c. wenn weder die Accessionen des Sclaven sich vorfinden, die demselben bei der Redhibition folgen müssen, wohin namentlich alles gehört, was derselbe nicht e re emtoris erworben, noch auch die nöthigen baaren Mittel sich in des Abwesenden Vermögen vorfinden, um den Werth der fehlenden Accessionen zu ersetzen.

Indem die Stelle nur solche Voraussetzungen angiebt, welche auch den Erfolg der actionis redhibitoriae würden ausgeschlossen haben, ist der Satz unter 7. h. an einem einzelnen Beispiele e contrario nachgewiesen.

Ein andres Beispiel enthält §. 1. l. cit.

„Illum autem non credimus teneri, qui gerit negotia debitoris, ad reddendum pignus, cum pecunia ei debeatur, nec fuerit, quod sibi possit exsolvere.“

Der Pfandgläubiger ist gehalten, gegen Erstattung der Pfandschuld das Pfand zurückzugeben. Daher wird der negot. gestor, wenn er des Abwesenden Pfandgläubiger ist, dafür gehalten, wenn es das Interesse des letzteren erforderte, dass das Pfand wieder in seine Vermögensmasse zurückgewiesen worden wäre, und der negot. gestor dies verabsäumt hat, obschon er aus des Abwesenden Mitteln sich hätte bezahlt machen mögen.

Es leuchtet übrigens ein, dass der Satz unter 7. h. nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn Jemand wissentlich negot. gestor ist geworden.

Hiermit ist zu verbinden die auf ganz eigenthümlichen Ansichten des röm. Rechts beruhende l. 19. §. 3.

„Quum me absente negotia mea gereres, imprudens rem meam emisti, et ignorans usucepisti; mihi negotiorum gestorum, ut restituas, obligatus non es. Sed si antequam usucapias, cognoscas, rem meam esse, subjicere debes aliquem, qui a te petat meo nomine, ut et mihi rem et tibi stipulationem evictionis committat. Nec videris dolum malum facere in hac subjectione; ideo enim hoc facere debes, ne actione negotiorum gestorum tenearis.“

Zuerst bemerke man, dass „rem, stipulationem alicui committere“ so viel heisst, als bewirken, dass die Herausgabe einer Sache an Jemanden, die Erfüllung einer auf Stipulation beruhenden Verbindlichkeit gefällig werde.

A ist abwesend. B wird dessen negot. gestor. Während der negot. gestio kauft B eine dem A gehörige Sache, ohne zu wissen, dass sie dem A gehört. Er kommt dadurch in conditionem usucapiendi. Wenn er aber nach dem Erwerbe, jedoch noch vor vollendeter usucapio, davon Kenntniss erlangt, so muss er die Sache sofort als des A Eigenthum betrachten; denn wenn A nicht abwesend wäre, so könnte dieser gegen ihn die Eigenthumsklage anstellen und B würde sachfällig werden, und also kann A nach der Rückkehr, selbst wenn der Vindication die Usucapion entgegenstünde, die Sache actione negot. gest. verlangen. Auf diese Weise kann B um die von seinem Verkäufer ihm zu leistende Eviction kommen.

Denn diese beruht auf dem mittelst Stipulation erhaltenen Versprechen, dass der Verkäufer einstehen wolle, wenn ein Dritter die Sache dem Käufer mittelst der Eigenthumsklage abgewinnen sollte; weshalb denn, dafern B durch die act. negot. gestor. um die Sache käme, er nicht, wenigstens nicht nach strengem Rechte, wäre befugt gewesen, gegen seinen Verkäufer zu regrediren. Um aus dieser Verlegenheit zu kommen, stellt B einen Dritten an, der gegen ihn die Eigenthumsklage im Namen des A erhebt, und dadurch bewirkt, dass die Sache als des A Eigenthum anerkannt und so die stipulirte Eviction gefällig wird. Dagegen scheint es, es könne der Verkäufer dem B exceptionem doli entgegenstellen, da dieser einen Dritten zu klagen aufgesucht hat. Allein das ist irrig. Denn B hat nicht den Verkäufer in Schaden bringen wollen, sondern von sich den Schaden abwenden, der ihn treffen würde, wenn er die Sache in Folge der actionis negot. gest. ausantworten müsste, und doch die stipulatio evictionis nicht könnte geltend machen.

Noch sind in vorliegendem Zusammenhange zu bemerken pr. und §. 3. l. 35. cit.

Nachdem die Praxis — denn in dem Edicte lag keine Veranlassung dazu — dem negot. gestor als solchem die Verbindlichkeit auferlegt hatte, dem Abwesenden von der Verfallzeit an in Einnahme zu stellen, was er demselben schuldete, eröffnete die actio negot. gestorum auch eine Möglichkeit, Frauen, die von dem Ehemanne Ausantwortung des Dotalvermögens forderten, der Nothwendigkeit zu überheben, die Execution so weit zu beschränken, dass dem Beklagten die sogenannte Competenz übrig bliebe.

M. vgl. l. 35. pr.

„Divortio facto, negotia uxoris gessit maritus; dos non solum dotis actione, verum et negotiorum gestorum servari potest. Haec ita, si maritus, dum gessit, facere potuit; alias enim imputari non potest, quod a se non exegerit. Sed et posteaquam patrimonium amiserit, plena erit negotiorum gestorum actio, quamvis si dotis actione maritus conveniatur, absolvendus est. Sed hic quidam modus servandus est, ut ita querelae locus sit, quantum facere potuit, quamvis postea amiserit, si illo tempore ei solvere potuit; non enim a vestigio in officio deliquit, si non protinus res suas distraxit ad pecuniam redingendam; praeterire denique aliquid temporis debebit, quo cessasse videatur. Quodsi interea, priusquam officium impleat, res amissa est, perinde negotiorum gestorum non tenetur, ac si nunquam facere potuisset. Sed et si facere possit maritus, actio negotiorum gestorum inducitur, quia forte periculum est, ne posse facere desinat.“

Dass die Worte: „sed et posteaquam patrimonium amisit" in keiner sprachgemäss natürlichen Verbindung mit dem zunächst Vorhergegangenen stehen, dies hat schon die Glosse bemerkt. Indess, was das Fragment hat sagen wollen, bleibt um nichts weniger leicht erkennbar.

Die Anfangsworte: „Divortio facto, negotia uxoris gessit maritus, dos non solum dotis actione" drücken dem Sinne nach dasselbe aus, was mit den Worten gesagt wäre: wenn der Ehemann nach der Scheidung die negotia der Frau gerirt, dann kann die dos nicht bloss dotis actione etc. Es scheint aber unvermeidlich, dass der Ehemann der dotirten Frau, sobald er die dos nicht im Augenblicke der Scheidung herausgiebt, und also noch unter seiner Administration behält, was einmal derselben anheim gegeben war, nicht negot. gestor der Frau werde. Dagegen ist aber zu bemerken, dass die dos auch in angewiesenen Forderungen bestehen kann, welchergestalt denn jenes Wenn seinen guten Grund hat. In einem solchen Falle ist es möglich, dass die actio dotis nicht ausreicht, des Ehemanns Verurtheilung so schlechterdings herbeizuführen, und dies zwar alsdann, wenn die vollständige Erstattung der dos dem Ehemanne die Competenz nicht würde übrig lassen. Gesetzt aber, es ist zwischen der Scheidung und der angestellten actio dotis eine Zeit verflossen, in welcher der Ehemann, der erst späterhin Vermögens-Einbussen erlitten, wodurch die Ausantwortung der dos unvereinbar geworden ist mit seiner Competenz, noch genug besass, um der Competenz unbeschadet, die volle dos auszuantworten; dann umgeht die Frau des Ehemannes benefic. competentiae, wenn sie ihn als negot. gestor verklagt. Denn alsdann fällt es ihm zur Last, dass er nicht zeitig genug a semetipso exegit. Andrerseits soll die actio negot. gestor. nicht unbedingt das benefic. competentiae vereiteln, und anstatt der actio dotis die actio negot. gestor. angestellt werden können. Der Mann muss eine Zeitlang nach der Scheidung so viel gehabt haben, dass ihm die Befriedigung der Frau die Competenz übrig gelassen hätte. Dies eine Zeitlang soll auch nicht chicanirt werden. Es wird erfordert, dass der Mann füglich in der Zwischenzeit die dos hätte ausantworten können; si illo tempore solvere potuit. Es soll ihm nicht zur Last gelegt werden, wenn er am vierten Tage nach der Scheidung Vermögensverluste erleidet, dass er nicht schon am zweiten und am dritten Tage verkauft hat, um die nöthigen baaren Mittel zur Deckung der Frau herbeizuschaffen. Rathsam ist es aber, selbst wenn der Ehemann vollständig solvent ist, die actionem negot. gest. statt der actionis dotis anzustellen, denn er kann vor Austrag der Sache insolvent werden.

§. 3. l. cit. steht im engsten, wenn schon durch §. 1. u. 2. unterbrochenen, Zusammenhange mit dem pr. Denn das locuples beweist, dass von der actio negot. gestor. gegen einen solchen negot. gestor die Rede ist, dem gegen die Klage, die auf einem Grunde beruht, nach dem er a semetipso exigere gesollt hätte, das benefic. competentiae zustehen würde, dafern er nicht locuples wäre. Die Stelle ist Beleg für die Worte des Satzes unter 10. h.: „insofern der Abwesende dabei ein Interesse hat."

„Ceterum si ex alia causa perpetua obligationis, quum sit locuples, debeat, non est imputandum, quod non solverit; utique si neque usurarum ratio querelam movet. Diversumque est in tutore debitore, quia ibi interfuit, ex priore obligatione solvi, ut deberetur ex tutelae actione."

Wenn der negot. gestor zahlungsfähig geblieben, die Verbindlichkeit desselben eine obligatio perpetua gewesen, und darum nicht der Fall eingetreten ist, dass sie lapsu temporis erloschen, dann ist kein Grund vorhanden, statt der ursprünglichen Klage die act. negot. gestor. zu geben, dies jedoch nur (utique, cfr. Brissonius sub hac voce) wenn auch nicht der Fall unter 10. i. eintritt, der Abwesende sich nicht über verlorne Zinsen beklagen kann; denn unter solchen Umständen ist kein Interesse vorhanden, die ursprüngliche Klage in actionem negot. gestor. zu verwandeln.

Zu Erläuterung der Worte: „diversumque etc." ist Folgendes zu bemerken. Auch der tutor ist gehalten, „ut a semetipso exigat," was er selbst dem Pupillen schuldet. Hat er dies unterlassen, so ist es unbedingt von Interesse, tutelae judicio zu fordern, was ursprünglich nur vermittelst einer andern Klage gefordert werden konnte. Denn das judicium tutelae giebt in Folge der stillschweigend für die Schuld aus der tutel gegebenen Hypothek an des Vormundes Gütern eine insofern erhöhte Sicherheit, was bei der act negot. gestor. der Fall nicht ist.

§. 7.

Verbindlichkeiten des Abwesenden.

Ohne besondern Grund dazu ist Niemand berechtigt, zu fordern, dass sein Interesse von einem Andern wahrgenommen, dass es von diesem mit Aufopferung dessen eignen Interesses wahrgenommen werde. Daraus folgt in Hinsicht auf die Verbindlichkeiten des Abwesenden:

Erstlich, dass er dem negot. gestori sowohl den Auf-

wand zu erstatten gehalten ist, womit dieser für ihn ist conservativ oder gewinnbringend zu Werke gegangen, als auch den Verlust, der dem negot. gestori in Folge seines Einschreitens erwachsen, und zwar jenen und diesen mit Zinsen, zur Entschädigung für die stattgefundene Entbehrung.

Andererseits ist Niemand befugt, in Folge seines einseitigen Entschlusses eines Abwesenden Lage zu verschlechtern, und daraus folgt

Zweitens, dass der Abwesende nicht kann gehalten sein, mehr zu erstatten, als dem Betrage desjenigen gleichkommt, was ihm durch die negot. gestio ist erhalten oder gewonnen worden; weshalb denn auch des Abwesenden Verbindlichkeit als eine bedingte *) erscheint, als abhängig davon, ob das Resultat der negot. gestio einen Gewinn oder doch die Erhaltung eines Werthes darstellt, welcher die Summe der Ersatzverbindlichkeiten des Abwesenden nicht übersteigt; überstiege er diese, und wäre der Abwesende um nichts weniger zum Ersatze verbunden, so hätte die negot. gestio nicht utiliter — conservativ oder lucrativ —, sondern destructiv auf dessen Vermögen gewirkt.

Unter gewissen Voraussetzungen aber abstrahirt das röm. Recht von diesem Verhältnisse, und macht den Abwesenden zum Ersatze auch dann verbunden, wenn die Ersatzverbindlichkeiten die Summe des erhaltenen oder gewonnenen Werthes übersteigen, und dies zwar in allen Fällen, welche die Voraussetzung rechtfertigen, dass der Abwesende, dafern er gekonnt hätte, einen der negot. gestio entsprechenden Auftrag würde ertheilt haben. Solchenfalls hat der negot. gestor die Erstattung dessen, was ihm die Geschäftsführung kostet, bis zu demjenigen Betrage zu fordern, der dem Abwesenden auch gegen den Mandatar würde zur Last gefallen sein.

Hierbei sind folgende Stellen in Erwägung zu ziehn:

„l. 12. §. 2. Sicut autem in negotiis vivorum gestis sufficit utiliter gestum negotium, ita et in bonis mortuorum, licet diversus exitus sit secutus" macht den negot. gestor verbindlich, auch wenn das Resultat zu seinem Nachtheile ausfällt. Allein vergleicht man damit l. 10. §. 1. cit., so überzeugt man sich, dass dies auf den Fall zu beschränken ist, wo sich die Voraussetzung rechtfertigt, der Abwesende würde, hätte er gekonnt, ein der negot. gestioni entsprechendes Mandat gegeben haben.

*) M. vgl. l. 2. cit.

„Quidquid utiliter in rem (absentis) impenderit habet eo nomine actionem Ideoque eo casu ultro citroque nascitur actio."

„l. 22. Sive hereditaria negotia, sive ea, quae alicujus essent, gerens aliquis, necessario rem emerit, licet ea interierit, poterit quod impenderit judicio negotiorum gestorum consequi; veluti si frumentum aut vinum familiae paraverit, idque casu quodam interierit, forte incendio, ruina. Sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sine vitio ejus acciderit; nam quum propter ipsam ruinam aut incendium damnandus sit, absurdum est, cum istarum rerum nomine, quae ita consumtae sunt, quicquam consequi."

Nach dieser, keiner Erläuterung bedürfenden Stelle könnte man behaupten, wenn das Resultat der Geschäftsführung benachtheiligend für den Abwesenden ausgefallen, reiche der Umstand, dass dieselbe praesumtiv in dessen Absichten gelegen, nicht aus, ihn verbindlich zu machen, es müsse auch der Zweck der negot. gest. erreicht, und das benachtheiligende Resultat bloss durch den Zufall herbeigeführt worden sein. Dem aber ist nicht so, wie wir aus l. 41. ersehen.

„Qui servum meum, me ignorante vel absente, in noxali causa defenderit, negotiorum gestorum in solidum mecum, non de peculio, aget."

Denn demjenigen, der des Abwesenden Sclaven in causa noxali vertheidigt hat, ist der Abwesende gehalten, den damit verbunden gewesenen Aufwand zu erstatten, ohne dass ein Absehn darauf gerichtet wird, ob der Defensor des Sclaven in der causa noxali obgesiegt hat, oder nicht. Er muss sich aber dabei benehmen, wie ein Mandatar sich zu benehmen gehabt hätte, und kann daher, z. B. was er ohne Noth an Vertheidigungskosten aufgewendet hat, nicht zurückfordern.

M. vgl. l. 25.

„Si quis negotia aliena gerens plus quam oportet, impenderit, recuperaturum eum id, quod praestari debuerit."

Als Beleg für die Behauptung, dass der Abwesende, wenn er nicht aus einem so zu sagen fingirten Mandate gehalten werden kann, nur verbindlich werde, insofern von dem negot. gestore mehr gewonnen oder erhalten als aufgewendet worden ist, dienen auch die Ansichten, nach denen die Römer die in den Vermögensangelegenheiten eines Unmündigen stattgefundene negot. gestio behandeln.

Aus einem fingirten Mandate kann dieser nicht verbunden werden, da er in der Wirklichkeit ein solches zu geben nicht vermocht hätte. In Anspruch kann er aber genommen werden zu demjenigen Betrage, welcher ihm erhalten oder gewonnen worden. Die einschlagenden Stellen weiter unten. Offenbar muss man aber auch, gleich dem Unmündigen, den majorennen Abwesenden in allen Fällen beurtheilen, wo sich kein Mandat

denken lässt. Denn die Abwesenheit macht eben so schutz- und wehrlos wie die Unmündigkeit, ist z. B. eben so wie diese ein Grund zur restitutio in integrum.

M. vgl. l. 6. pr.

„Si pupilli tui negotia gessero non mandatu tuo, sed ne tutelae judicio tenearis, negotiorum gestorum te habeo obligatum; sed et pupillum, modo si locupletior fuerit factus.

l. 37. pr.

„Litis contestatae tempore quaeri solet, an pupillus, cujus sine tutoris auctoritate negotia gesta sunt, locupletior sit ex ea re factus, cujus patitur actionem."

Auf gleicher Ansicht beruht §. 1. l. cit.

„Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque praestare cogitur, et periculum eorum nominum, quae ipse contraxit, nisi fortuitis casibus debitores ita suas fortunas amiserint, ut tempore litis ex ea actione contestatae solvendo non essent."

Es kommt aber bei dem Pupillen, damit die negot. gestio für utilis gehalten werde, nicht darauf an, dass dieselbe lucrativ ausgefallen sei, sondern es reicht aus, dass sie conservativ gewirkt habe; denn die Frage, wenn anzunehmen sei, dass ein Unmündiger locupletior geworden, beantwortet Scaevola mit den Worten: „hoc ipso, quo non est pauperior factus locupletior est."

M. vgl. l. 47. de solut. et liberat. (46. 3.)

„In pupillo, cui sine tutoris auctoritate solutum est, si quaeratur, quo tempore sit locupletior? tempus, quo agitur, inspicitur, et ut exceptio doli mali opposita ei noceat, tempus, quo agitur, spectatur."

„§. 1. Plane, ut Scaevola ajebat, etiamsi perierit res ante litem contestatam, interdum quasi locupletior factus intelligitur, id est si necessariam sibi rem emit, quam necessario de suo erat emturus; nam hoc ipso, quod non est pauperior factus, locupletior est. Sic et in filio-familias putabat Macedonianum cessare, si in necessarias causas filius mutuam pecunia acceperit, et eam perdiderit."

In §. 1. cit. findet sich eine Abweichung von l. 37. pr. Die actio negot. gestor. hat gegen den Pupillen nur dann statt, wenn zur Zeit der Litiscontestation der erhaltene oder gewonnene Betrag sich noch in dessen Vermögen vorfindet. Wenn aber Wiederbezahlung desjenigen gefordert wird, was man ohne des Vormundes Genehmigung an einen Pupillen gezahlt hat, so wird nicht so schlechterdings auf die Zeit der Litiscontestation gesehn.

Diese Differenz ist ganz sachgemäss. Habe ich einem Unmündigen Geld gezahlt, mit dem er sofort gekauft hat, was

er ausserdem mit Geld gekauft hätte, das er schon besass, so ist er, wenn der gekaufte Gegenstand auch vor angestellter Klage untergegangen ist, immer nicht pauperior geworden. Denn die 10 Thlr., die er schon besass, wären ihm in Gestalt der erkauften Sache verloren gegangen, wenn er nicht die von mir erhaltenen 10 Thlr. dazu verwendet hätte. Wenn ich aber für einen abwesenden Pupillen 10 Thlr. aufwende, und das Object der Verwendung ist verloren gegangen, und er sollte mir 10 Thlr. erstatten, so würde er um 10 Thlr. ärmer, denn er selbst hätte die 10 Thlr. nicht aufgewendet.

Hiermit ist eine casuistische Erörterung zu verbinden, darüber, wie ein Pupill unter besondern Umständen doch pauperior durch die negot. gestio werden kann. Gesetzt, der Vormund (m. vgl. l. 6. pr.) giebt Auftrag, Zahlung für einen Unmündigen zu machen, unter Umständen, wo die Zahlung gemacht werden muss, wenn der Vormund nicht tutelae judicio soll gehalten werden, indem es z. B. darauf ankommt, Sclaven zu erkaufen, die zum Betriebe der Oeconomie auf des Mündels Landgute unentbehrlich sind. Der Beauftragte sieht sich ausser Stand gesetzt, das Mandat zu erfüllen, und ich bezahle und übernehme die Sclaven, die alsdann krank werden und sterben. Der Mündel ist mir nicht obligat; ihm ist weder etwas erhalten noch gewonnen worden. Allein der Vormund ist es mir. Denn dessen negot. gestor bin ich unbezweifelt geworden. Er muss mir die Zahlung erstatten, kann aber, da diese Verbindlichkeit ihn ohne sein Verschulden und in Folge der vormundschaftlichen Verwaltung trifft, die erstattete Summe bei Ablegung der Vormundschaftsrechnung in Ausgabe verschreiben.

l. 3. §. 4.

„Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum divi Pii etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior, agendo autem compensationem ejus, quod gessit, patitur.“ wird in Verbindung mit der Lehre de in rem verso behandelt werden.

Uebrigens versteht es sich dabei von selbst, dass der Pupill um deswillen, weil bei ihm eine der Voraussetzungen hinwegfällt, unter denen ein Abwesender kann verbunden werden, nämlich das fingirte Mandat, seinerseits als negot. gestor den Abwesenden nicht zu mehr verbunden machen kann, als es dieser einem Majorennen sein würde.

Kein eigenthümliches Interesse bietet die hierher gehörige Stelle des Codex l. 2.

„Contra impuberes quoque, si negotia eorum urgentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur, in quantum locupletiores facti sunt, dandam actionem, ex utilitate ipsorum receptum est. Quae tibi quoque jure decernitur, quod sumtus in

pupillum, quem Romam tutorem petendorum gratia duxisti, fecisse te allegas, si non matertera ejusdem se facere paratam propriis impendiis ostenderit."

Wer tutorum petendorum causa Aufwand für einen Unmündigen macht, ist gewiss conservativ zu Werke gegangen; denn er hat gethan, was für des gesammten Mündelvermögens Erhaltung nöthig war. Hätte, wenn seine Einmischung nicht erfolgt wäre, jemand anders dasselbe und ohne Vergütung gethan, so wäre die negot. gestio nicht conservativ, sondern auf schädliche Weise eingetreten.

M. vgl. übrigens noch als Erläuterung zu dem Satze unter 11. b. folgende Stellen: l. 3. §. 11. u. l. 4.

„Apud Marcellum libro secundo Digestorum quaeritur: si, quum proposuissem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris, ut geram, an utraque actione uti possim? Et ego puto, utramque locum habere, quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fidejussorem accepero negotia gesturus; nam et hic dicit adversus utrumque esse actionem."

„l. 4. Sed videamus, an fidejussor hic habere aliquam actionem possit? et verum est, negotiorum gestorum eum agere posse."

Wenn Jemand mein negot. gestor wird, und ein Andrer als Bürge (in l. 3. §. 11. als Mandator, in l. 4. als fidejussor) dem negot. gestori für das einzustehen übernimmt, was ich Letzterem in Folge der negot. gestionis schuldig werden dürfte, so hat jener Bürge mir nichts erhalten und gewonnen. Dennoch kann auch er negot. gestor. gegen mich klagen. Denn es ist vorauszusetzen, dass in eines anständigen Mannes Absichten alles liegt, was, ohne ihn zu beschweren, seinen Gläubigern Sicherheit gewähren kann.

l. 6. §. 1.

„Item si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum, vel pignus tuum liberet, adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum, cum quo contraxi, nullam. Quid tamen, si a procuratore tuo stipulatus sum? Potest dici, superesse mihi adversus te negotiorum gestorum actionem, quia ex abundanti hanc stipulationem interposui."

Dem Procurator des A habe ich Geld gegeben mit der ausdrücklichen Bestimmung, er solle damit den Gläubiger des A befriedigen, dessen Pfänder liberiren. Gegen den A soll ich actionem negot. gestor. haben. Dies ist nach l. 43. nur möglich, wenn die Zahlung wirklich erfolgt ist, oder wenn der Procurator ermächtigt war, Geld aufzunehmen, um die Schuld zu tilgen.

M. vgl. l. 31. pr.

„Liberto vel amico mandavit, ut pecuniam acciperet mutuam; cujus literas creditor secutus contraxit, et fidejussor intervenit. Etiamsi pecunia non sit in rem ejus versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fidejussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis.“

In einem solchen Falle ist des A Genehmigung vorauszusetzen.

Der folgende Inhalt der Stelle ist schwieriger. Gegen den Procurator, cum quo contraxi, soll ich keine Klage haben, während es ja eben das Charakteristische der Contracte ist, dass daraus Klagen entstehen und in dem bemerkten Falle des Andern Procurator offenbar mein Mandatar geworden ist, indem er Geld von mir angenommen hat, unter der Bestimmung, dass dasselbe für den A solle verwendet werden. Indess, die Worte erklären sich, wenn man das factische Verhältniss in das Auge fasst. Ich habe nämlich kein Interesse, gegen ihn zu klagen, namentlich kein Interesse, das Geld von ihm zurückzufordern, denn ich hatte es ihm gegeben, um es zu verwenden. Gegen ihn zu klagen, dass er das Geld bestimmtermaassen verwende, habe ich kein eignes Interesse, denn, von ihm verwendet oder nicht verwendet, muss es mir A erstatten, und auch nicht einmal im Interesse des A habe ich diese Klage, um sie diesem abtreten zu können, denn schon durch seine Bestellung ist der Procurator dem A gehalten, das erborgte Geld nach dessen Willen zu verwenden.

Nur in einem Falle könnte ich gegen den Procurator zu klagen ein Interesse haben, wenn nämlich der ihm ertheilte Auftrag mich gereute und ich, noch ehe er denselben ausgeführt, denselben zurücknähme. An diese einzige Möglichkeit konnte aber Julian nicht denken bei einem Falle, dessen Behandlung auf der Voraussetzung beruht, dass ich wirklich negot. gestor geworden sei.

Die folgenden Worte: „Quid tamen etc.“ sind nicht unbedingt wahr. Von dem Procurator selbst sich die Zurückzahlung versprechen zu lassen, kann nichts weniger als ex abundanti geschehn, dafern nämlich vielleicht der Procurator mehr Sicherheit gewährt als der Abwesende.

Um der Vollständigkeit willen ist hier noch zu bemerken l. 45. pr. „Quae utiliter in negotia alicujus erogantur, in quibus est etiam sumtus honeste ad honores per gradus obtingentes factus, actione negot. gestor. peti possunt.“

§. 8.

Fortsetzung.

Zu dem Satze unter Num. 12.

Dass keine negot. gestio, dass ein Mandat in allen den Fällen angenommen werden müsse, wo zu der begonnenen Geschäftsführung des Abwesenden Genehmigung hinzutritt, davon ist bereits an einer andern Stelle gehandelt worden. (M. vgl. S. 9.)

Anders aber ist es zu halten, wo, weil die negot. gestio bereits abgeschlossen und vollendet erscheint, die erfolgende Genehmigung nicht weiter im Stande ist, die Natur des Geschäftes, ein bereits in der Vergangenheit liegendes Verhältniss, abzuändern. Dass aber die Ratihabition den Abwesenden in die nämliche Lage bringt, in welcher er sich befinden würde, wenn er vor der negot. gestio den entsprechenden Auftrag ertheilt hätte, dies geht schon aus dem Rechtssatze hervor, nach dem man jede Erklärung, insoweit selbige allein den Maassstab ihrer Beurtheilung abgiebt, in demjenigen Sinne zu verstehen hat, der am vereinbarsten mit des Erklärenden Interesse ist. Demnach bewirkt die Ratihabition nur soviel, dass ich die Geschäftsführung, ihrem Objecte nach, als meinen Absichten gemäss stattgefunden muss gelten lassen, ohne dass ich dadurch gehalten werde, die Modalität der Ausführung gegen mich gelten zu lassen, sobald dabei mein Interesse nicht ist wahrgenommen worden.

Z. B. des abwesenden A bei B deponirten Staatspapiere sind von diesem verkauft worden, ohne dass die Umstände gestaltet waren, wie in den Fällen unter Num. 11. a. u. b. A ratihabirt den Verkauf. Diess kann nicht mehr bewirken, als dass er weder die Staatspapiere zurückfordern darf, noch auch das i. q. interest dafür, dass B diese Verbindlichkeit zu genügen ausser Stand ist. Wenn B zu wohlfeil verkauft oder in irgend einer Hinsicht sich bei dem Geschäfte so benommen hat, dass als Mandatar er dadurch vertretungspflichtig wäre geworden, so kann er nicht dagegen die Ratihabition geltend machen.

Die entgegengesetzte Ansicht würde zu der Absurdität führen, dass die ratihabitio dem Abwesenden völlig um die actio negot. gestor. in Hinsicht sowohl auf dolus als culpa brächte.

M. vgl. l. 9. Die letzte Hälfte des Fragmentes ist die Belegstelle des Satzes.

„Imo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse. Sed eo dictum, te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum; et quemadmodum, quod

utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi, ita omne, quod ab ipso probatum est. Ceterum si, ubi probavi, non est negotiorum gestorum actio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique, si quid impenderit, quemadmodum recipiet? nam utique mandatum non est. Erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio."

Auch nach der Ratihabition ist noch actio negot. gestor. möglich. Wenn man gesagt hat: die Ratihabition hebe diese Klage auf, so ist damit nur soviel gesagt, dass nach der Ratihabition nichts von demjenigen bestritten werden darf, worauf sich die Ratihabition bezieht. In unbedingter Allgemeinheit verstanden, spräche der Satz eine augenfällige Verkehrtheit aus. Dann könnte ich die Gelder nicht von dem negot. gestor einfordern, die dieser nachträglich von mir genehmigtermaassen eincassirt. Nicht selten würde der negot. gestor selbst alsdann in eine schlechtere Lage kommen, als wenn nicht wäre ratihabirt worden. Denn dafern post ratihabitionem keine actio negot. gestor. stattfände, so könnte er auch nicht Erstattung des von ihm bestrittenen Aufwandes verlangen.

Die vorhergehenden Worte sind allerdings schwierig.

„Pomponius scribit: si negotium a te, quamvis male gestum, probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio hoc, an ratum habeam? actio negotiorum gestorum pendeat; nam quomodo, quum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit."

Die Varianten in der Lesart sind völlig unbedeutend, und der Sinn bleibt derselbe, man mag nun lesen: „sed superius ita se putare" oder „sed superius ita se verum putare". Die Basiliken (XVII. 1. g.) geben nicht die entfernteste Hülfe. Die eigentliche Schwierigkeit liegt in den Worten: „Videndum tolletur." Bis „teneri" haben wir Worte des Pomponius, und wie es scheint, auch bis „absit". Dies angenommen, und das „nam" vor „quomodo" in „et" verwandelt, dürfte die Stelle folgenden richtigen und leicht fasslichen Sinn haben:

Pomponius schreibt:

1) Wenn ich das male gestum des negot. gestoris genehmigt habe, so kann ich ihn deshalb nicht negot. gestorum belangen.

Daraus folgt:

a. dass, wo negot. gestor. geklagt wird, vor allen Dingen sich die (rein in facto beruhende) Frage aufdrängt, ob Ratihabition erfolgt sei, oder nicht, und

b. die andere (rein juristische) Frage wie die einmal angestellte, schlüssigerweise angestellte, Klage durch später erfolgende Ratihabition, die blosse Erklärung eines einseitigen Willens aufgehoben werden könne. Eine Frage, die für uns, und nach heutigen Ansichten mehr als seltsam erscheint, bei den Römern aber, wo die Litiscontestation auch für das materielle Recht der Parteien von den wichtigsten Folgen war, und wo ein einmal gegebener, feierlich und förmlich gegebener Rechtszustand sich nicht modern formloser Weise aufheben liess, wohl sehr natürlich war.

Bei „sed“ fährt Scaevola wieder fort in der Maasse, dass man „Pomponius scribit“ zu suppliren hat, und sagt:

Doch den Satz, dass selbst das male gestum nach erfolgter Ratihabition zu keiner Klage berechtiget, diesen beschränkt er auf den Fall, wo der negot. gestor nicht ist dolos zu Werke gegangen. Z. B. der Abwesende genehmigt, dass B ihm, dem A, gehöriges Vieh für 800 Thlr. verkauft hat. A kann nun nicht mehr als 800 Thlr. fordern. Er wird aber 1000 Thlr. fordern können, wenn er nachweisen kann, dass B betrügerischerweise nur 800 Thlr. als Erlös angegeben, und 200 Thlr. in die Tasche gesteckt hat. Dies beruht auf den Grundsätzen von dem dolus und ist nichts der negot. gestio Eigenthümliches.

Es brauchte ebenfalls nicht erwähnt zu werden, dass, wenn die Ratihabition mit der besondern Bestimmung erfolgt, dass von keinem Theile aus der negot. gestio weitere Ansprüche sollen erhoben werden können, die ratihabitio auch die actionem contrariam aufhebt.

Darauf bezieht sich l. 10. pr. oder vielmehr es ist dem Fragmente durch die Zusammenstellung mit l. 9. diese Beziehung durch die Compilatoren gegeben worden.

„Sed an ultro mihi tribuatur actio sumtuum, quos feci? Et puto competere, nisi specialiter id actum est, ut neuter adversus alterum habeat actionem.“

§. 9.

Besondere Voraussetzungen, unter denen die negot. gestio den Abwesenden nicht oder nur unvollständig verbindet.

Die Sätze unter Num. 13. beruhen auf folgenden Stellen:

l. 24. C. h. tit.

„Si quis nolente, et specialiter prohibente domino rerum,

administrationi earum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis negotiorum gestorum habeat aliquam adversus dominum actionem. Quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Julianus fuit, hoc decidentes sancimus, si contradixerit dominus, et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Juliani sententiam nullam esse adversus eum vel directam vel utilem contrariam actionem, scilicet post denuntiationem, quam ei dominus transmiserit, non concedens ei res ejus attingere, licet res bene ab eo gestae sint. Quid deinde, si dominus adspexerit ab administratore multas expensas utiliter factas, et tunc, dolosa assimulatione habita, eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? Quod nullo modo patimur; sed ex quo ea testatio ad eum facta est, vel in scriptis vel sine scriptis, sub testificatione aliarum tamen personarum, ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei competere actionem; super anterioribus autem, si utiliter factae sunt, habere eum actionem contra dominum concedimus sua natura currentem."

Es bedarf, wenigstens für den vorliegenden Zweck, diese Stelle keines Commentars. Um der Chikane vorzubeugen, womit ein Abwesender gegen die Wahrheit vorschützen könnte, dass er widersprochen, schreibt Justinian vor, dass der schriftlich oder mündlich erfolgte Widerspruch sub testificatione aliarum personarum müsse bewirkt werden. Der Ausdruck, den wir dafür in dem letzten Satze unter Num. 13. substituirt haben, bedarf schwerlich einer Rechtfertigung.

Für den Satz unter 13. c. ist l. 8. §. 3. die Belegstelle.

„Julianus libro tertio tractat: si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non, an adversus eum, qui non prohibuit, habeam negotiorum gestorum actionem? Movetur eo, quod, si data fuerit adversus eum actio, necesse erit et eum perstringi, qui vetuit; sed et illud esse iniquum, eum, qui non prohibuit, alieno facto liberari, quum et si mutuam pecuniam alteri ex sociis prohibente socio dedissem, utique eum obligarem. Et puto, secundum Julianum debere dici, superesse contra eum, qui non prohibuit, negotiorum gestorum actionem, ita tamen, ut is, qui prohibuit, ex nulla parte, neque per socium, neque per se ipsum aliquid damni sentiat."

Wenn von mehreren, bei einer und ebenderselben Geschäftsführung interessirten Personen die eine widersprochen hat, soll dann die negot. gestio nicht unverbindlich auch für diejenigen sein, die nicht widersprochen haben? Diese Frage aufzuwerfen, wurde Julianus durch die Betrachtung veranlasst, dass alle die Societät betreffende Rechte und Verbindlichkei-

ten, wenn auch zunächst nur in der Person des einen socius veranlasst, sich unter die socios vertheilen, und also nach dieser Ansicht, wenn man den Nichtwidersprechenden verbindlich macht, der Widersprechende des Widerspruchs ohngeachtet würde verbindlich werden. Andrerseits schien es dem Julian verwerflich, einen durch die negot. gestio verbunden Gewordenen, um eines facti alieni willen der Verbindlichkeit zu entheben. Somit entschloss er sich, die Entscheidung zu theilen. Nur der Nichtwidersprechende soll verbindlich werden, nicht aber der Widersprechende, es möge nun gegen diesen der negot. gestor oder der nicht widersprochen Habende regressweise in Betreff dessen klagen, was er aus der negot. gestio schuldig geworden. Der Grundsatz steht mit grösster Bestimmtheit fest, und kann dadurch nicht aufgehoben werden, dass seine Anwendung häufig den grössten Schwierigkeiten unterliegen muss. Auf alle Fälle kann der Nichtwidersprechende nur in Verhältniss seines Antheiles an der Societät verbunden werden; denn nur zu diesem Antheile hat die negot. gestio in seinen Vermögensangelegenheiten stattgefunden.

Inwiefern hierunter die Ratihabition etwas ändern könnte, ergiebt sich aus den auf l. 9. cit. beruhenden Grundsätzen.

Die l. 39. wird in Verbindung mit der Lehre de in rem verso behandelt werden.

§. 10.

Fortsetzung.

Zu den Sätzen unter Num. 14.

Den Satz unter a. beweist l. 4. cit. in fine.

Weiter: „l. 44. Is, qui amicitia ductus paterna pupillis tutorem petierit, vel suspectos tutores postulaverit, nullam adversus eos habet actionem, secundum divi Severi constitutionem.“

l. 34. ist ein Fragment, das erstlich den Satz unter a. b. und f. — diesen, insoweit er von Ascendenten spricht —, den Satz unter c. aber hinsichtlich desjenigen belegt, was darin ausnahmsweise von der Mutter gesagt worden ist.

„Nesennius Apollinaris Julio Paulo Salutem. Avia nepotis sui negotia gessit; defunctis utrisque, aviae heredes conveniebantur a nepotis heredibus negotiorum gestorum actione; reputabant heredes aviae alimenta praestita nepoti. Respondebatur, aviam jure pietatis de suo praestitisse; nec enim aut desiderasse, ut decernerentur alimenta, aut decreta esse. Praeterea constitutum esse, dicebatur, ut, si mater aluisset,

non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere. Ex contrario dicebatur, tunc hoc recte dici, cum de suo aluisse mater probaretur; at in proposito aviam, quae negotia administrabat, verisimile esse, de re ipsius nepotis eum aluisse. Tractatum est, numquid de utroque patrimonio erogata videantur? Quaero, quid tibi justius videatur? Respondi: haec disceptatio in facto constitit; nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum. Quid enim, si etiam protestata est, se filium ideo alere, ut aut ipsum, aut tutores ejus conveniret? pone, peregre patrem ejus obiisse, et matrem, dum in patriam reverteretur, tam filium, quam familiam ejus exhibuisse; in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem divus Pius Antoninus constituit. Igitur in re facti facilius putabo, aviam vel heredes ejus audiendos, si reputare velint alimenta, maxime si etiam in ratione impensarum ea retulisse aviam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur."

Der Fall, der hier zur Entscheidung vorgetragen wird, ist folgender:

Eine Grossmutter hatte des Enkels negotia gerirt. Beide waren verstorben und des Enkels Erben belangten die Erben der Grossmutter auf Herausgabe desjenigen, was letztere zu gewähren aus der negot. gest. war schuldig geworden. Die Erben der Grossmutter wollten in Gegenrechnung bringen, was selbige an Alimenten für den Enkel aufgewendet hatte, während Alimente für den Enkel ihr nicht besonders waren ausgesetzt, auch nicht einmal, dass solche ihr möchten ausgesetzt werden, von ihr war verlangt worden. Ein eingeholtes Gutachten war dahin ausgefallen: unter solchen Umständen, wo nichts die entgegengesetzte Annahme begründe, müsse man annehmen, die Grossmutter habe aus blosser Pietät und in Folge eines Wohlwollens gehandelt, das die Forderung des Ersatzes ausschliesse, wozu noch komme, dass es ausgemachten Rechtes sei („praeterea constitum esse dicebatur"), dass auch die Mutter auf die Kinder verwendete Alimente nicht könne erstattet verlangen.

Dagegen war eingehalten worden, das von der alimentirenden Mutter hergenommene Argument passe auf den vorliegenden Fall nicht. Man könnte doch nur dann von ihr dies sagen, wenn man sähe, dass sie ihr eignes Geld auf die Kinder gewendet („cum de suo aluisse probaretur"). Dies lasse sich aber bei dem in Frage stehenden Falle nicht von der Grossmutter behaupten, die des Enkels Vermögen in Händen gehabt habe, und jetzt, wo das Vermögen herausgegeben werden solle, frage es sich eben, ob sie die Alimente vermittelst dieses oder ihres eignen Vermögens bestritten.

Bei diesem Widerstreite der Meinungen war man sogar auf den ziemlich unjuristischen und am Schlusse der Stelle wie billig kurzweg verworfenen Einfall gerathen, die Frage ungelöst zu zerschneiden, und den Alimentationsaufwand theils dem grossmütterlichen, theils des Enkels Nachlasse zur Last gehen zu lassen.

Die Antwort des befragten Juristen fiel dahin aus: die Entscheidung sei nach den Umständen zu geben, („haec disceptatio in facto constitit"), um so mehr, als auch die Mutter nicht so schlechterdings unbefugt sei, Ersatz für der Kinder Alimentation zu fordern. Denn sie sei dazu befugt, wenn sie die Erstattung sich ausdrücklich vorbehalten oder in Erwartung der Rückkehr des in die Fremde gegangenen, und dann daselbst verstorbenen Vaters, dessen Kinder und Sclaven erhalten habe. Im vorliegenden Falle scheine die Forderung der grossmütterlichen Erben begründet, und über allen Zweifel würde die Frage erhoben sein, wenn die Grossmutter die Alimente sollte dem Enkel in Ausgabe verschrieben haben.

Die Regel des Satzes unter c. und den Satz unter d. belegen l. 15. Cod. h. t.

„Si paterno affectu privignas tuas aluisti, seu mercedes pro his aliquas magistris expendisti, ejus erogationis tibi nulla repetitio est. Quodsi ut repetiturus ea, quae in sumtum misisti, aliquid erogasti, negotiorum gestorum tibi intentanda est actio."

„l. 11. C. eod. Alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, tibi reddi, non justa ratione postulas, quum id exigente materna pietate feceris. Si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili more impendisti, si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse te ostenderis, id negotiorum gestorum actione consequi potes."

Nach dieser Stelle ist l. 1. C. eod.

„Quum tutores filiorum tuorum suspectos faceres, eisdemque tutores seu curatores peteres, munere pietatis fungebaris. Quae causa non admittit negotiorum gestorum actionem, ut sumtus, quos in ea lite fecisti, repetere possis, quum, etiam si quis pro affectione domestica aliquos sumtus fecerit, nulla ratione eos repetere possit."
zu beschränken auf den Fall, wo die Mutter nicht beweisen konnte, „se recipiendi animo eos sumptus fecisse."

Nicht gilt dasselbe umgekehrt von den Kindern, die Verwendungen für die Eltern machen, nach l. 12. C.

„Si filius pro patre suo debitum solverit, nullam actionem ob eam solutionem habet, sive in potestate patris, quum sol-

veret, fuerit, sive sui juris constitutus, si donandi animo pecuniam dedit. Si igitur pater tuus sui juris constitutus, pro patre suo negotia gerens, non praecedente mandato debitum ejus solvit, negotiorum gestorum agere cum patruis tui potes."

Die Kinder haben nur dann nicht actionem negot., wenn sich beweisen lässt, dass sie donandi animo gehandelt. (si donandi animo hoc fecit.)

l. 5. C. eod. reihen wir hier ein, weil wir dafür keine schicklichere Stelle finden.

„Officio nec minus obsequio liberti functus negotiorum gestorum actionem contra patroni filias pupillas habere non potest."

Den Satz unter e. bestätigt l. 13. Cod. eod.

„Quod in uxorem tuam aegram erogasti, non a socero repetere, sed affectioni tuae debes expendere. In funus sane ejus si quid eo nomine quasi recepturus erogasti, patrem, ad quem dos rediit, jure convenis."

Den Satz unter f., insoweit er nicht von Ascendenten spricht, bestätigen l. 27. §. 1. ff.

„Titium, si pietatis respectu sororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere respondi."

und l. 16. C. h. tit.

„Si negotium sororis tuae gerens pro ea tributa solvisti, vel mandante ea, vel rogante id fecisti, negotiorum gestorum actione vel mandati id, quod solvisse te constiterit, repetere poteris."

§. 11.

Zu dem Satze unter Num. 15.

M. vgl. l. 6. §. 3.

„Sed etsi quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scribit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, (quia improbe ad negotia mea accessit) sed in quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem."

Das Beispiel einer solchen prädatorischen negot. gestio finden wir in l. 33.

„Heres viri defuncti uxorem, quae res viri tempore nuptiarum in sua potestate habuit, expilatae hereditatis postulare non debet; prudentius itaque fecerit, si ad exhibendum, et negot. gestorum, si negotia quoque viri gessit, cum ea fuerit expertus."

Den Grund, warum gegen eine solche Wittwe nicht das crimen expilatae hereditatis konnte geltend gemacht werden, enthält l. 4. C. de crim. exp. hered. (9. 32.) in den Worten:

„Adversus uxorem, quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur, mariti diem suum functi successores, expilatae crimen hereditatis intendere non possunt.“

Zu Erläuterung des Begriffes „praedo“, dient l. 32. pr. Man kann bei einer negot. gestio seinen eignen Vortheil bezwecken, ohne darum praedo zu sein. Denn es giebt Fälle, wo die nützliche Thätigkeit in fremden Angelegenheiten sich als ein Mittel bietet, zugleich die eignen zu fördern. Zugleich enthält die Stelle noch einen Beleg dessen, was schon zu Num. 1. über die die Grenzen des ursprünglichen Begriffs weit überschreitende Bedeutung der negot. gestio ist gesagt worden.

Fidejussor imperitia lapsus alterius quoque contractus, qui personam ejus non contingebat, pignora vel hypothecas suscepit, et utramque pecuniam creditori solvit, existimans indemnitati suae confusis praediis consuli posse. Ob eas res judicio mandati frustra convenietur, et ipse debitorem frustra conveniet, negotiorum autem gestorum actio utrique necessaria erit; in qua lite culpam aestimari satis est, non etiam casum, quia praedo fidejussor non videtur. Creditor ob id factum ad restituendum judicio, quod de pignore dato redditur, quum videatur jus suum vendidisse, non tenebitur.“

Für eine Pfandschuld ist Jemand erhaltenem Auftrage gemäss Bürge geworden. Auf noch eine andere Pfandschuld aber, die ebenderselbe Schuldner bei ebendemselben Gläubiger contrahirt hat, ist die Bürgschaft nicht erstreckt worden. Der Bürge tilgt die erste Schuld und tritt in des Gläubigers Rechte, die Pfänder und Hypotheken anlangend. Er thut dies aber auch bei der andern Pfandschuld, und übernimmt hinsichtlich dieser die Pfänder und Hypotheken, weil er glaubt, auch in Betreff der ersten Schuld am besten wieder zu seinem Gelde zu gelangen, wenn er für beide Schuldposten in des Gläubigers Rechte tritt, der auf Herausgabe der für die zweite Schuld bestellten Pfänder von dem Schuldner nicht belangt werden kann, weil er jus suum vendidisse videtur. In Betreff der von dem Bürgen bezahlten zweiten Schuld und alles damit Zusammenhängenden findet zwischen dem Schuldner und Bürgen, der nicht als praedo behandelt wird, da er keinen verbotenen Gewinn beabsichtigt, gegenseitige actio negot. statt. Die Worte: „non etiam casum, quia praedo fidejussor non videtur“ fordern zu der Bemerkung auf, dass man Unrecht haben würde, sie in der Allgemeinheit so zu verstehn, als sei der negot. gestor, insofern er nicht praedo ist, unbedingt von Leistung des Zufalls frei, als müsse der praedo für jeden Zu-

fall einstehen, was offenbar nicht hinsichtlich eines solchen Zufalles gelten kann, der den Gegenstand betroffen hätte, auch wenn des praedonis negot. gestio nicht eingetreten wäre.

Anhang.

Erläuterung in den vorhergegangenen §§. noch nicht citirter Gesetz-Stellen.

Die Erläuterung der in gegenwärtigen Anhang verwiesenen Gesetzstellen wird darthun, dass keine derselben geeignet war, eine besondere Modification der aufgestellten Rechtssätze herbeizuführen.

„l. 3. §. 7. Haec autem actio, quum ex negotio gesto oriatur, et heredi, et in heredem competit."

Die act. negot. gestor. geht in activer und passiver Beziehung auf die Erben über, weil sie eben ex negotio, und nicht ex delicto entsteht.

„l. c. §. 8. Si executor a Praetore in negotio meo datus dolum mihi fecerit, dabitur mihi adversus eum actio."

Den Begriff des executors erläutert l. 50. de evict. et duplae stipulat. (21. 2.)

Die l. 50. cit. hat bedeutende exegetische Bemühungen verursacht, weil man es schwierig fand, sie mit §. 8. cit. in Einklang zu bringen. In l. 50. cit. soll der Eigenthümer, dessen abgepfändete Sachen von dem executor um einen zu niedrigen Preis verkauft worden, actionem de dolo haben, und in §. 8. soll man eine, in dem Titel selbst weder de dolo noch negot. gestorum benannte, Klage haben, wenn der executor einen dolum begangen hat. Da nun aber, so folgerte man, die in dem Titel de negot. gest. erwähnte Klage, nach Ort und Stelle wo sie erwähnt worden, keine andre sein kann, als actio negot. gestor., so haben wir eine Antinomie, und diese sollte unter andern dadurch gehoben werden, dass man §. cit. von dem Gläubiger verstand, der eine mindere Befriedigung erhält, weil der executor die abgepfändeten Gegenstände unter dem Werthe verschleudert. *)

*) M. vgl. Schmid (C. Fried. W.) in tit. Digestorum de negotiis gestis excursus exegeticus. Tübing. 1787. S. 3. §. 8.

Dem Verfasser scheint die Streitfrage von keiner grossen Erheblichkeit zu sein. Nach der einen Stelle wie nach der andern ist dolus executoris das fundamentum agendi, und also kommt bei jenem Streite auf alle Fälle nichts heraus für das materielle Recht. Uebrigens steht auch in §. 8. keineswegs, dass die Klage, die gegeben werden soll, um gegen den dolum executoris Hülfe zu schaffen, actio de negot. gest. sei, und kaum wird sich irgend ein Titel der Pandecten finden, in dem nicht Manches stünde, was, wenigstens der Rubrik des Titels nach, nicht vermisst worden wäre, wenn es nicht darinne stände."

l. 14. ist eine von den unzählige Male in den Pandecten wiederholten Anwendungen des Satzes, dass man aus Contracten mit Haussöhnen oder Sclaven und ähnlichen, in Hinsicht auf solche Personen eingetretenen Verhältnissen de peculio und de in rem verso gegen den Hausvater klagen kann.

„Si filius-familias negotia gessisse proponatur, aequissimum erit, in patrem quoque actionem dari, sive peculium habeat, sive in rem patris sui verterit. Et si ancilla, simili modo."

Im Zusammenhange zu erläutern sind folgende, über eine Casuistik sich verbreitende Stellen, zu der man in heutigen Verhältnissen nichts Analoges entdecken kann.

„l. 17. Eum actum, quem quis in servitute egit, manumissus non cogitur reddere. Plane si quid connexum fuerit, ut separari ratio ejus, quod in servitute gestum est, ab eo, quod in libertate gessit, non possit, constat venire in judicium vel mandati, vel negotiorum gestorum et quod in servitute gestum est. Denique si tempore servitutis aream emerit, et in eam insulam aedificaverit, eaque corruerit, deinde manumissus fundum locaverit, sola locatio fundi in judicium negotiorum gestorum deducetur, quia ex superioris temporis administratione nihil amplius in judicium deduci potest, quam id, sine quo ratio libertatis tempore administratorum negotiorum expediri non potest."

Die Stelle selbst belegt, dass die Eingangsworte: „Eum actum reddere" so viel heissen, als: für das fremde Geschäft, das ein Freigelassener zur Zeit der Sclaverei betrieben hat, kann ihm nach erlangter Freiheit keine Rechenschaft abgefordert werden. Dies ist, wie es mehrere in dem Vorhergegangenen citirte Stellen beweisen, nur von einem solchen Individuum zu verstehen, das sich in wirklicher Sclaverei befunden hat, nicht von einem solchen, dessen servitus bloss putativ war.

Der folgende Inhalt des Fragmentes macht von dieser Regel eine Ausnahme. Nicht soll sie dann in Anwendung kom-

men, wenn es unausführbar ist, die Rechnung über die nach der Freilassung stattgefundene Administration abzuschliessen, ohne dass die vor der Freilassung stattgefundene Administration mit hineingezogen werde. Einen Fall, der die Regel anwendbar lässt, giebt Ulpian in dem Beispiele, wo ein Sclave auf des Herren Grund und Boden ein nachher eingestürztes Gebäude aufgeführt, und später, nachdem er manumittirt worden, denselben Grund und Boden verpachtet hat. Hier soll, ohne Rücksicht auf die frühere Verwaltung, nur die spätere Gegenstand der Berechnung sein. Die Regel ist sehr wohl erklärlich, da die Sclaverei die Begründung klagbarer Rechte und Verbindlichkeiten zwischen Sclaven und Herrn zu einer juristischen Unmöglichkeit machte. Auch bedarf das die Regel erläuternde Beispiel keiner verdeutlichenden Auseinandersetzung. Allein es fehlt an einem Beispiele, wo die Connexität beider Verwaltungen die Sonderung der Rechnung nicht würde verstattet haben. Man denke sich daher folgenden Fall. Der Freigelassene baut auf des Patron area ein Haus auf. Er fordert den Aufwand, womit er den Bau bestritten, ohne davon abzuschreiben, was er, der während der Sclaverei die aream verpachtet hatte, an Pachtgeldern eingenommen und zur Zeit der Freilassung nicht wieder ausgegeben hat. Was er als Freier aufgewendet hat, würde nicht zum richtigen Abschluss gebracht werden, wenn er sich nicht mit dem belasten müsste, was ihm noch aus der Sclaverei her verblieben.

Damit stimmt überein l. 19. §. 1.

„Scaevola noster ait: putare se, quod Sabinus scribit, debere a capite rationem reddendam sic intelligi, ut appareat, quid reliquum fuerit tunc, quum primum liber esse coeperit, non ut dolum aut culpam in servitute admissam in obligationem revocet. Itaque si inveniatur vel malo more pecunia in servitute erogata, liberabitur.“

Sabinus hatte den Satz aufgestellt, es müsse bei der negot. gestio und der darüber abzulegenden Rechnung credit und debet eingetragen werden a capite. Scaevola beschränkt dies für den Fall, wo des Freigelassenen Rechnung an die Zeit anschliesst, während derselbe Sclave gewesen, durch die Vorschrift, dass der gewesene Sclave, wenn er noch Geld für den Herrn aus der früheren Geschäftsführung in Casse hat, die Rechnung damit beginnen müsse, dass er diesen vorhanden gebliebenen Cassenbestand sich zur Last schreibe.

Für die Zeit, wo er Sclave war, ist er liberirt, sobald nur sich nicht mehr in Casse findet, was eigentlich für des Herrn Rechnung in Casse sein sollte.

„Si inveniatur vel malo more pecunia in servitute erogata, liberabitur.“

Anstatt diesen Grundsätzen zu widersprechen, modificirt sie l. 18.

„Proculus et Pegasus: bonam fidem eum, qui in servitute gerere coepit, praestare debere, ajunt, ideoque quantum, si alius ejus negotia gessisset, servare potuisset, tantum eum, qui a semetipso non exegerit, negotiorum gestorum actione praestiturum, si aliquid habuit in peculio, cujus retentione id servari potest. Idem Neratius.“

Wenn man die Schlussworte: „si aliquid habuit versari potest“ übersieht, so kommt allerdings in Vergleich mit l. 17. ein entschiedener Widerspruch heraus. Denn, nach Proculus und Cassius soll derjenige, dessen negotiorum gestio noch aus der Zeit der Servitut her datirt, bonam fidem praestiren, und also nicht nur pecuniam malo more erogatam praestare, wie l. 19. §. 1. sagt, sondern auch sich alles dasjenige zur Last schreiben, was ein Andrer an seiner Stelle dem Herrn würde gut gemacht haben — „ideoque quantum, si alius ejus negotia gessisset, servare potuisset, tantum eum, qui a semetipso non exegerit, negotiorum gestorum actione praestiturum“ und es wäre somit allerdings jeder Unterschied aufgehoben, der hinsichtlich der Zeit vor und nach der Zeit der Manumission stattfinden soll. Allein es heisst: „praestiturum, si aliquid habuit in peculio, cujus retentione id servare potest“, wonach derjenige, dessen Geschäfte sind geführt worden, für die negot. gestio servitutis tempore sich nur zu decken vermag, insoferne dies durch Retention dem gewesenen Sclaven folgender Peculiargegenstände geschehen kann.

Einen Zusatz in Betreff des eben bemerkten Verhältnisses macht l. 19. pr.

„At qui natura debitor fuit, etiamsi in peculio nihil habuit, sibi postea solvere debet, in eodem actu perseverans, sicut is, qui temporali actione tenebatur, etiam post tempus exactum negotiorum gestorum actione id praestare cogitur.“

Regel ist nach dem Obigen erstlich: dass der negot. gestor, der Ausgaben für den Abwesenden bestritten, diesen damit bis zu demjenigen Betrage belasten darf, welcher übrig bleibt, nachdem der negot. gestor abgerechnet, was er selbst dem Abwesenden schuldig ist, oder mit andern Worten: dass der negot. gestor dem Abwesenden zwar Ausgaben und Verläge vollständig zur Last, ebendemselben aber auch gut zu schreiben hat, was er selbst ihm schuldet; zweitens: dass auch der Sclave dem Herrn naturaliter schuldig sein kann; und dass die Freilassung diesen nichtbürgerlichen Schuldennexus keineswegs abzuändern vermöge, leuchtet ebenfalls ein.

Jetzt denke man sich folgenden Fall: Davus war von sei-

nem Herrn einem Geschäfte vorgesetzt. Ausserdem hatte ihm der Herr Geld geborgt. Nun manumittirt er ihn. D. aber setzt das Geschäft immer noch fort. Wenn er alsdann dem Herrn Rechnung ablegt, so muss er demselben (nach l. 17. u. 19. §. 1.) gut schreiben, was er zur Zeit der Freilassung in Casse hatte, und wenn der Saldo am Schlusse der Rechnung dem negot. gestor zu gute geht, so ist dies nur insoweit zulässig, als dieser Saldo sich ergiebt, nachdem dem gewesenen Herrn des gewesenen Sclaven Schuld ist gutgeschrieben worden.

Fassen wir nun das Resultat der allegirten Stellen in wenige Worte zusammen, so ist es folgendes:

Der Freigelassene, der ein Geschäft fortsetzt, das er schon als Sclave geführt, gewährt für die Zeit der Sclaverei dem Eigenthümer des Geschäftes nur den zur Zeit der Freilassung vorhandenen Cassenbestand; jedoch kann der Herr für fehlerhafte vor der Freilassung stattgefundene Geschäftsführung sich durch Retention dem Freigelassenen folgenden Peculiarvermögens decken, wie denn die Freilassung hinsichtlich dessen, was der libertus dem Patron naturaliter als Sclave schuldig geworden, nicht den Satz unter 7. h. aufhebt.

Keiner Erläuterung bedarf die hiermit zu verbindende l. 45. §. 1.

„Qui pure testamento libertatem acceperunt, actus, quem viventibus dominus administraverunt, rationem reddere non compelluntur.“

Wenn der Testator in dem Testamente verordnet hätte, dass die Freilassung von constatirter Richtigkeit der Rechnung über das von dem Freigelassenen für ihn geführte Geschäft abhängen solle, dann natürlich würde die Freilassung nicht von der Schuldigkeit befreien, Rechnung abzulegen.

„l. 24. Si ego hac mente pecuniam procuratori dem, ut ea ipsa creditoris fierit, proprietas quidem per procuratorem non acquiritur, potest tamen creditor, etiam invito me, ratum habendo, pecuniam suam facere, quia procurator in accipiendo creditoris duntaxat negotium gessit; et ideo creditoris ratihabitatione liberor.

Der Procurator, der in dem vorliegenden Falle das Geld von mir erhalten hatte, war nicht dazu bevollmächtigt gewesen, wie wir aus den Worten sehen: „accipiendo negotium gessit.“ Wäre er dazu bevollmächtigt gewesen, so hätte es (cfr. l. 31. pr.) nicht erst einer Ratihabition bedurft, um die Zahlung verbindend für den Gläubiger und darum liberirend für den Schuldner zu machen.

l. 31. §. 4.

„Libertos certam pecuniam accipere testator ad sumtum monumenti voluit; si quid amplius fuerit erogatum, judicio

negotiorum gestorum ab herede non recte petetur de jure fideicommissi, quum voluntas finem erogationi fecerit."

Ein Testator hatte verordnet, dass seine liberti für eine bestimmte zu dem Ende ihnen von dem Erbnehmer auszuzahlende und also fideicommissarisch bestimmte Summe ihm ein Denkmal setzen sollten. Dafern nun der Aufwand, womit die Errichtung des Monuments bestritten worden, jene Summe überschritten hat, so ist es unstatthaft, wenn sie von dem Erben negot. gestor. actione den Ersatz des Rechnungsaufwandas verlangen.

l. 31. §. 5.

„Tutoris heres impubes filius ob ea, quae tutor ejus in rebus pupillae paternae gessit, non tenetur, sed tutor proprio nomine judicio negotiorum gestorum convenietur."

Ein Vormund stirbt und hinterlässt einen unmündigen Sohn. Dessen Vormund findet in dem väterlichen Nachlasse seines Mündels, dem Mündel des Verstorbenen gehörige Effecten vor, und trifft darüber Verfügungen. Es versteht sich, dass dessfalls nicht des Verstorbenen unmündiger Sohn, nur dessen Vormund actione negot. gestor. kann belangt werden.

§. 6. l. cit. wird in dem Prozessrechte erläutert werden, so wie l. 6. §. 6. in Verbindung mit der Lehre de in rem verso.

„l. 37. §. 2. Pater si emancipati filii res a se donatas administravit, filio actione negot. gestor. tenebitur."

Diese Stelle ist rein negativer Art. Sie belehrt uns, dass gegen einen Vater, der negot. gestor des emancipirten Sohnes in Beziehung auf Sachen geworden, die der Sohn von ihm zum Geschenk erhalten, die act. neg. gest. nicht verweigert wird. In einem Gesetzbuche brauchte dies nicht ausgesprochen zu werden, da weder allgemeine Grundsätze noch positive Vorschriften zu einer entgegengesetzten Annahme führen könnten.

„l. 42. Si servi mei rogatu negotia mea susceperis, si duntaxat admonitus a servo meo id feceris, erit inter nos negotiorum gestorum actio; si vero quasi mandatu servi, etiam de peculio, et de in rem verso agere te posse, responsum est."

Wenn ich als des Sclaven Mandatar die Geschäfte seines Herrn besorgt habe, so habe ich mit dem Sclaven contrahirt, und also gegen den Herrn auch de peculio, und de in rem verso actionem. Habe ich nicht mit dem Sclaven contrahirt, indem ich kein Mandat von demselben erhalten, wohl aber von demselben aufmerksam gemacht auf des Abwesenden Interesse negot. gestor geworden bin, so habe ich actionem negot. gestor.

„l. 3. C. Sive pro fratre coherede pecuniam solvisti, negotiorum gestorum actione experiri potes, sive pignoris liberandi

gratia debitum universum solvere coactus es, actionem eandem habebis, vel judicio familiae erciscundae (si non est inter vos redditum) eam quantitatem assequeris.“

Die Stelle lehrt uns nichts neues, bietet aber verschiedene Beziehungen, nach denen sie unter verschiedene der von dem Verfasser aufgestellten Sätze zu subsummiren ist. Dass der Bruder, der für den Bruder eine Schuld bezahlt, act. negot. gestor. auf Erstattung des Gezahlten hat, ergiebt sich schon aus den Sätzen unter Num. 14., nach denen Verwendungen, die Seitenverwandte für einander machen, selbst dann nicht als präsumtive Schenkungen angesehen werden, wenn sich die Verwendungen als Alimentationsaufwand betrachten lassen.

Wenn von zwei Brüdern, die gemeinschaftliche Erben eines und desselben Nachlasses geworden sind, der eine zahlt, um eine für die Schuld haftende Nachlasssache zu liberiren, so ist der Zahlende negot. gestor in Gemässheit des Satzes unter Num. 8.

Die Worte: „vel judicio familiae erciscundae, si non est inter vos redditum, eam quantitatem assequeris“, beziehen sich auf den römischen Klagformalismus und die Consumtion der Klagen. Wenn judic. fam. ercisc. noch nicht angestellt worden, so bringt der Zahlende dabei in Gegenrechnung, was er zu des Miterben Antheil von den erbschaftlichen Schulden berichtiget hat. Gesetzt aber, die Erbschaft ist schon gerichtlich getheilt, und es findet sich, dass eine dem A zugetheilte Sache für eine Schuld haftet, oder es ist bei der Erbtheilung die verpfändete Sache in der Erben gemeinschaftliches Eigenthum überwiesen worden, so ist damit des Miterben antheilige Verbindlichkeit nicht aufgehoben; allein sie kann nicht mittelst erneuerten judicii fam. ercisc. geltend gemacht werden, wohl aber actione negot. gestor. Denn der Zahlende ist, indem er seine und des Andern Verbindlichkeit tilgte, in dessen Vermögensangelegenheiten thätig geworden, ohne dass er demselben dazu gehalten war.

„l. 8. Adversus eos, qui negotia tua gesserunt, negotiorum gestorum judicio civiliter consiste, nec tibi oberit, si propter occupationes militares eam litem tardius fueris executus, quum hoc genus actionis longi temporis praescriptione excludi non posset“ gehört in die Lehre von dem Erlöschen der Klagen, und enthält weder einen neuen Grundsatz über das materielle, durch die negot. gestio entstehende Recht, noch auch die Anwendung eines der schon hervorgehobenen Grundsätze.

„l. 9. Si pecuniam tuam a debitore tuo Julianus exegit, eamque solutionem ratam habuisti, habes adversus eum negotiorum gestorum actionem.

enthält die Anwendung des Satzes unter Num. 12. und ist zugleich die Bestätigung des Satzes (man vergl. S. 8. ff.), dass eine abgeschlossene negot. gestio durch die nachfolgende ratihabitio nicht zum Mandate werden kann. Ebenfalls den Satz unter Num. 12. belegt

„l. 19. Ab uno herede pro solido re veluti communi venumdata, de pretio coheres venditoris negotiorum gestorum actione ratam faciens venditionem agere potest.“

„l. 10. Si servum alienum non inutilem domino constitutum aegrum curastis, negotium utiliter gessistis, et competente vobis actione sumtus recuperare potestis“ stellt sich unter die Sätze Num. 11. a. und b., und ist nur die unvollständige Wiederholung von l. 10. §. 1. ff. eod.

„l. 18. Ob negotium alienum gestum sumtuum factorum usuras praestari, bona fides suasit. Quo jure contra eos etiam, quorum te necessitate compulsum negotium gessisse proponis, per judicium negotiorum gestorum uteris.“ besagt erstlich dasselbe, was der Satz unter Num. 11. enthält, und bestätigt, was sich in den sämmtlichen Sätzen unter Num. 4. — 10. ausspricht, dass die negot. gestio sich in der Regel mit ihren rechtlichen Wirkungen realisirt, welcher Art auch die Bewegungsgründe mögen gewesen sein, aus denen man unverpflichteter Weise in fremden Vermögensangelegenheiten thätig geworden.

„l. 21. Si cognati tui servos suos manumiserunt, hoc, quod administrasse eos rem tuam contendis, impedimento eorum libertati fieri non potuit. Quin autem ex actu praecedente post manumissionem, si utriusque temporis administratio non connexa, sed separata sit, conveniri non posse, procul dubio est.“

Bis zu den Worten „potuit“ spricht die Stelle eine Wahrheit aus, die wohl ohnehin Niemand möchte in Zweifel gezogen haben. Deren übriger Inhalt ist nur eine unvollständige Wiederholung des in l. 17. bis mit l. 19. §. 1. ff. eod. Gesagten.

„l. 22. Negotium gerentes alienum, non interveniente speciali pacto, casum fortuitum praestare non compelluntur.“

Die Stelle hat den Exegeten sowohl als den Systematikern des röm. Rechts (m. vergl. *Glück, Th. V. Abth. I. S.* 365. ff.) nicht geringe Bemühungen veranlasst. Die Schwierigkeit, auf die man gerieth, beruht hauptsächlich darin, dass man bemerkte, der absens müsse allemal ein ignorans sein; denn wenn er von der negot. gestio unterrichtet gewesen und, indem er dazu stillgeschwiegen hätte, die entsprechende Willensmeinung von ihm erklärt worden wäre, würde er Mandant und der negot. gestor Mandatar geworden sein.

Eine andere Schwierigkeit, deren man sich weniger bewusst geworden ist, liegt darin, dass der Satz: der negot. gestor hafte nicht für den Zufall, gar nicht so unbedingt wahr ist. Das Edict dachte sich allerdings unter dem negot. gestor einen Geschäftsführer, der in einem mandato praesumto (m. vgl. l. 1. ff. eod.) handelte, und darum für den reinen Zufall eben so wenig verbunden wurde, (man vgl. den Satz unter Num. 10. g.), als dafür der Mandatar gehaftet hätte. Hingegen den Begriff des negot. gestoris so erweitert, wie ihn die röm. Praxis nach Ausweis des Titels der Pandecten erweitert hat, wonach negot. gestor ein jeder ist, der sich unverbundener oder unberufener Weise in eines Andern Vermögensangelegenheiten gemischt hat, muss man sagen: in der Regel haftet der negot. gestor für denjenigen Zufall, welcher ohne seine Einmischung sich nicht ereignet hätte, und als allgemeiner Satz ist das casum fortuitum praestare non compelluntur falsch.

Als eine gesetzliche Norm betrachtet, muss man also die Stelle ganz fallen lassen, weil sie als solche dem Begriffe der negot. gestio (absentis - ignorantis - negotia gerere) entgegenläuft, und über die hinsichtlich der praestatio casus daran sich knüpfenden Folgen nur in beschränktem Sinne wahr ist. Demnach bleibt, in Beziehung auf gedachte Stelle, nur die Aufgabe, ein factisches Verhältniss auszumitteln, in dem der negot. gestor unbezweifelt für den Zufall einzustehn hat, und in dem über praestatio casus futuri paciscirt werden kann, ohne dass sich die negot. gestio in ein Mandat verwandelt. Dies dürfte nicht schwer sein. Wo die negot. gestio den Abwesenden nicht verbindet, weil keine der im Satze unter Num. 11. mit a. und b. bezeichneten Voraussetzungen eintritt, kann der Abwesende verbunden werden nur dadurch, dass seine Ratihabition zur negot. gestio kommt. Es ist aber sehr wohl möglich, dass das negot. gerere in der Person des negot. gestoris völlig abgeschlossen und vollendet ist, und doch noch über den Zufall als etwas Künftiges paciscirt werden kann. Man denke ein negot. gestor versendet die Wollvorräthe eines abwesenden Rittergutsbesitzers zum Verkauf nach einem überseeischen Platze. Obschon der Eigenthümer selbst eine solche Disposition nie getroffen hat, oder getroffen haben würde, ratihabirt er dennoch das Geschäft, als er bei der Rückkehr die Wolle versendet findet. Nun ist der negot. gestor ganz in der Lage, in welcher er sein würde, wenn der Fall so wie in dem Satze unter 11. beschaffen wäre, und leistet den casum nicht, der die Wollen auf der See oder an dem Orte ihrer Bestimmung noch treffen kann. Allein es kann unser absens seine Ratihabition von der besondern Bedingung abhängig machen, dass der Absender sich verbindlich mache, für diesen Zufall einzustehen und dass der negot. gestor, der

ausserdem sofort das i. q. interest für die dem Eigenthümer entgangenen Wollen leisten müsste, sich dieser Bedingung der Ratihabition gern unterwirft. Auch Glück am a. O. geht S. 367. von der Ansicht aus, dass man die Stelle wie ein juristisches Räthsel zu behandeln, eine Casuistik sich auszusinnen habe, in Gemässheit welcher unter Umständen wahr sein kann, was in abstracto falsch ist. Doch scheint die von ihm gegebene Casuistik nicht zu genügen. *) Der Mandatarius in dem von ihm aufgestellten Falle weiss entweder, dass er die Geschäfte des Titius hat übertragen bekommen, oder er weiss es nicht. Weiss er es nicht, so bleibt er immer nur als Mandatar seines Mandanten zu beurtheilen, nicht aber als negot. gestor des Titius, (m. vgl. den Satz unter Num. 4.), und weiss er es, (m. vgl. den Satz unter Num. 5.), so ist es eben so gut, als wäre er, ohne dazu erhaltenes Mandat, bloss als negot. gestor in des Titius Vermögensangelegenheiten thätig geworden, und dann ist die Stelle nur gelöst, wenn man sich den statum causae so denkt, wie ihn das vom Verfasser gegebene Beispiel darstellt.

Um der Vollständigkeit willen ist auch l. 23. hier anzuführen.

„Negotiis gestis non in rem, sed in personam est actio."

*) Er sagt Folgendes: Das Räthsel ist leicht aufgelöst, wenn man das Gesetz nur nicht von einem solchen Vertrage versteht, den der Eigenthümer selbst mit dem Geschäftsführer geschlossen hat, sondern von einem pacto speciali tertii cum gestore. Z. B. ich trage Jemandem die Besorgung eines fremden Geschäftes auf, welches die Güter des abwesenden Titius betrifft, und da mir an der sorgfältigen Verwaltung dieser Güter ganz vorzüglich gelegen ist, so lasse ich mir von dem Mandatarius versprechen, dass er auch für die Unglücksfälle stehen müsse. Da dieser Bevollmächtigte in Ansehung des abwesenden Titius unstreitig ein negot. gestor ist, so lässt sich auf diese Art das pactum, wovon das Gesetz redet, mit der Natur der negot. gestionis ganz wohl vereinigne.

Neuere Gesetzgebungen.

(*C. N. Liv. III. Tit. IV. Chap. I. art.* 1372. — 1375. *Th. II. des österreich. bürgerl. Gesetzbuches.* 30. *Hauptst.* §. 1311. *u.* 1312. *Allg. Ldr. für die preuss. Staaten Th. I. tit. XIII. Abschn.* 2. §. 228. — 261.)

Man kann es auf sich beruhen lassen, inwieferne eine Gesetzgebung wohlthut, wenn sie, wie die französische (*Liv. III. tit. IV. art.* 1370. *)), den Begriff von Quasicontracten und Quasidelicten beibehält, um der negot. gestio und den andern dahin gehörigen Rechtsverhältnissen eine Stelle anzuweisen.

Sind aber wohl Quasicontracte und Quasidelicte genau genug geschieden, wenn man die einen definirt, wie in art. 1371. und die andern wie in ch. 2. art. 1382.?

„Les quasi-contracts sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties."

1382. „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer."

Der art. 1382., der die Delicte und Quasidelicte charakterisiren soll, enthält die nämlichen Kennzeichen, unter denen

*) „Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé."

„Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé."

„Les premiers sont les engagemens formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée."

„Les engagemens qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contracts, ou des délits ou quasi-delits."

auch der negotiorum gestor für das culpose Einmischen in fremde Angelegenheiten verantwortlich wird. Die Worte: „et quelquefois un engagement réciproque des deux parties“ in art. 1371. helfen dem Unausreichenden der Definition nicht ab, da ein quelquefois vorhandenes Kennzeichen keins ist.

Im Vergleich mit dem röm. Rechte ist der C. N. erstlich überaus dürftig und mangelhaft. *) Dies Urtheil zu rechtfertigen, braucht man nur die wenigen Artikel zu geben, in denen des negot. gestoris und des Abwesenden Verbindlichkeiten ausgesprochen sind.

1372. „Lorsque volontairement on gére l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gére contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'a ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même; il doit se charger également de toutes dépendances de cette même affaire.“

„Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire.“

1373. „Il est obligé de continuer sa gestion, encore que le mâitre vienne à mourir avant que l'affaire soit consommée, jusqu' à ce que l'hèritier ait pu en prendre la direction.“

1374. „Il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille.“

„Néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et interets qui resulteraient des fautes ou de la negligence du gérent.“

1375. „Le maitre dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagemens que le gérent a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagemens personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou necessaires qu'il a faites.“

Zweitens stellt der C. N. die Maximen, von denen das röm. Recht bei Behandlung der Lehre von der negot. gestio ausgeht, so zu sagen völlig umgestürzt auf den Kopf. Weit entfernt, Jemanden zwingen zu wollen, dass er, ohne dazu verbunden zu sein, einem Andern in einer gegebenen Beziehung möglichst und nach dem vollen Maasse seiner Kräfte nützlich werde, macht das röm. Recht nur für den Schaden verantwortlich, den die negot. gestio herbeigeführt hat; wogegen

*) *Dabelow*, in dem *ausführlichen theoretischen praktischen Commentare über den Code Napoléon*, *Leipzig* 1810. 4., ist hierüber Th. 2. S. 391. ff. sehr wenig ausführlich.

das franz. Recht zwingt, einem andern nützlich, und im vollen Umfange derjenigen Beziehung nützlich zu werden, hinsichtlich deren man einmal seine Thätigkeit aus freiem Wohlwollen hat eintreten lassen. Zu einem so ganz entgegengesetzten Resultate musste man gelangen, nachdem man von Motiven ausgegangen war, die den Motiven der röm. negot. gestio ganz entgegengesetzt sind. Die Römer wollten (man vgl. l. 2. ff. h. t.) zur negot. gestio auffordern, indem sie den Abwesenden dem negot. gestori verbindlich machten: wenigstens liegt diese Absicht dem Edicte zu Grunde, wie erweitert auch die Anwendbarkeit ist, die man späterhin der act. negotiorum gestor. gegeben, um, so viel möglich, in allen Fällen Hülfe zu schaffen, wo Jemand ebensowohl unberufener als unverbundener Weise sich in fremde Vermögensangelegenheiten gemischt hat. Abschrecken vielmehr will der C. N. vor der negot. gestio, damit nicht unberufene Einmischungen in die Angelegenheiten Anderer Verlust und Schaden herbeiführen. Man vgl. in den *Discussions du Code Napoléon dans le Conseil d'état par Delaporte (Paris* 1808. *4to.) IIde édit. Tom. II. pag.* 349. die, bei diesem Artikel entscheidend gewordenen Bemerkungen des Consul Cambacérés. *)

*) Um der Deutlichkeit und der, wenigstens in ihrer Art nicht abzuläugnenden, Merkwürdigkeit willen, mögen hier die vorher von andern Mitgliedern des Staatsrathes abgegebenen Vota stehen.

„M. Bérenger trouve l'obligation que cet article impose à celui qui a pris soin de l'affaire d'un autre, beaucoup trop étendue."

„M. Bigot-Préameneu observe qu' elle se borne à finir l'affaire commencée."

„M. Muraire dit que l'article va plus loin: il veut que la gestion soit continuée jusqu' au retour du propriétaire."

„M. Laguee dit que cette disposition est dure. Lorsqu' on fait une action de pure charité, on n'entend pas s'imposer des engagemens ultérieurs aussi considérables. Un citoyen, par exemple, prendra soin du champ de son voisin qui est à l'armée, sans se soumettre à le cultiver jusqu' a ce que le propriétaire ait achevé son tems de service."

„M. Treilhard dit que l'obligation dont se charge le negotiorum gestor s'interprête toujours par l'équité; elle est réduite à ces termes, qu' il ne peut abandonner l'affaire qu' il a entreprise intempestivement et de manière à causer du préjudice à celui qu'elle concerne. Ainsi circonscrite, elle est juste; car en se chargeant de suivre l'affaire, il a pu empêcher un autre de s'en charger."

„M. Fourcroy observe qu'il peut cependant arriver que par un changement des circonstances, le negotiorum gestor ne puisse plus donner ses soins à 'affaire."

„M. Treilhard dit qu' alors il s'en déchargera en avertissant le propriétaire."

„M. Defermon dit que cette modification doit être exprimée et mise à la place de la disposition qui fait durer l'obligation jusqu'au retour du propriétaire.

„Le Consul Cambacérés dit que l'article peut effrayer dans la forme qu'il est présenté; mais qu'il faut s'attacher sur-tout à l'esprit de ses dispositions. On rencontre par-tout des gens officieux, toujours prêts à se mêler des affaires d'autrui, trés-souvent pour les gâter. Le remède contre leur zèle indiscret, et quelquefois interessé, est de ne pas leur permettre d'abandonner, quand il leur plâit, l'affaire qu'ils ont commencée. Cependant cette règle ne doit pas être appliquée avec une trop grande severité: quelques services de bon voisinage ne doivent pas faire supposer qu'on a voulu se constituer negotiorum gestor. Mais quand des circonstances plus décisives prouvent qu'on a pris cette qualité, il faut bien qu'on demeure responsable de ce mandat volontaire, et qu'on ne puisse s'en décharger à contre-tems."

Dann lautet es in den Discussions weiter:

„La rédaction pourrait exprimer ces distinctions."

„L'article est adopté avec les amendemens du Consul Cambacérés et de M. Defermon, qui cependant n'ont pas été exprimés dans le texte."

Also hat man es gar nicht für nöthig erachtet, sich über die eigentliche nach röm. Rechte so zu nennende negot. gestio, dasjenige, was Cambacérés mit den services de bon voisinage, andeutet, in der Gesetzgebung zu verbreiten.

Aehnliche Ansichten sind ebenfalls in dem österreich. Gesetzbuche vorherrschend, und weit bleibt auch dieses hinter der Vollständigkeit und der Umsicht zurück, welche in Betreff der negot. gestio das Pandectenrecht bewährt.

Die einschlagenden §§. lauten also:

1311. „Der blosse Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Hat aber Jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlasst, hat er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten, oder sich ohne Noth in fremde Geschäfte gemengt, so haftet er für allen Nachtheil, welcher ausserdem nicht erfolgt wäre."

1312. „Wer in einem Nothfalle Jemandem einen Dienst geleistet hat, dem wird der Schade, welchen er nicht verhütet hat, nicht zugerechnet; es wäre denn, dass er einen Andern, der noch mehr geleistet haben würde, durch seine Schuld daran verhindert hätte. Aber auch in diesem Falle kann er den sicher verschafften Nutzen gegen den verursachten Schaden in Rechnung bringen."

v. Zeiller bemerkt (Bd. IV. S. 739. not. 9.) zu §. 1311. Folgendes:

„Nicht minder ist es ein, und zwar dem Gesetze sehr gehässiges Verschulden, ohne Noth in die Führung fremder Geschäfte sich einzumengen. Daher muss ein solcher Geschäftsführer auch einen zunächst durch Zufall entstandenen, selbst nicht leicht voraussehbaren Schaden vertreten, der ohne seine Einmengung nach der Beschaffenheit der Umstände nicht erfolgt wäre; z. B. wenn er die eingeernteten Früchte an einen Ort, worin der Eigenthümer sie nicht zu verwahren pflegte, gebracht, und dort ein Brand sie verzehrt hätte."

§. 1312. begleitet er ebendaselbst mit folgenden Bemerkungen:

„Nachsichtiger behandelt das Gesetz billigerweise Jenen, der in einem Nothfalle fremder Geschäfte sich angenommen hat. Es wäre nicht nur ein sehr undankbarer, sondern auch ein ungerechter Vorwurf, dass der, welcher einige fremde Sachen aus dem Brande gerettet hat, auch die übrigen, oder vorzugsweise die kostbareren, hätte retten sollen. Er that ohnehin mehr, als seine strenge Pflicht war.

„Allein der Liebesdienst ginge in ein Verschulden über, wenn ein solcher Geschäftsführer z. B. die Hausgenossen, die durch ihre überlegenen Kräfte, oder vermöge ihrer genaueren Kenntniss von der Lage der Dinge höchst wahrscheinlich mehr gerettet haben würden, verdrängt, oder wenn er die Sache eines Abwesenden, den ein Sachverständiger zu vertreten bereit war, mit dessen Hintanweisung aus Mangel der Rechtskenntnisse schlecht vertheidigt hätte."

„Immer aber gestattet das Gesetz, dass der sicher verschaffte Vortheil von dem Ersatze des durch ein ähnliches Verschulden verursachten Schadens abgezogen werde; z. B. wenn der Geschäftsführer Sachen in einem Werthe von 2000 fl. gerettet hätte, und die Hausgenossen höchst wahrscheinlich Sachen in einem Werthe von 3000 fl. gerettet haben würden."

Umsichtiger, als in den beiden andern Gesetzgebungen ist in dem preuss. Landrechte die negot. gestio unter der Rubrik behandelt: „Von Uebernehmung fremder Geschäfte ohne vorhergegangenen Auftrag." Eine und die andere der hier aufgestellten Normen sind beinahe wörtlich übereinstimmend mit denjenigen, die der Verfasser auf das röm. Recht gegründet hat. Doch scheint ihm dies immer noch zusagender und erschöpfender als das Ldr. Schon die Rubrik, indem sie ohnstreitig bezeichnen soll, was der Pandectentitel mit den Worten negot. gestio ausdrückt, verstattet mannichfache Ausstellungen. Ich habe ein fremdes Geschäft in vorhergegangenem Auftrag besorgt, wenn B mich beauftragt, das Geschäft des A zu besorgen. Nach röm. Rechte werde ich des A negot. gestor,

sobald ich dem Geschäfte mich unterziehe, davon in Kenntniss gesetzt, dass es des A Geschäft ist. Ohnstreitig ist dies sehr vernünftig. Allein die Rubrik des Landrechts schliesst ein solches Verhältniss von der negot. gestio aus; denn ich hatte einen Auftrag. Ferner kann ich, ohne von dem Abwesenden beauftragt zu sein, dennoch gegen ihn die Verpflichtung haben, seine Geschäfte zu besorgen, wie z. B. der Vormund, und bin alsdann — nach röm. Rechte, das alles darauf setzt, dem Abwesenden nicht gehalten zu sein — nicht negot. gestor. Indem aber das Landrecht dagegen alles darauf setzt, dass man nur nicht vi mandati zur Geschäftsführung gehalten sei, musste es solche Verhältnisse ausdrücklich von der negot. gestione ausscheiden *), welcher Ausscheidung es nicht bedurft hätte, indem sie sich aus dem Begriffe selbst würde ergeben haben, daferne man ihn in der den Pandectenstellen zu Grunde liegenden Modalität festgestellt hätte.

Conform der R. J. culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti geht das Landrecht zunächst von der Ansicht aus, dass im Allgemeinsten sich von dem negot. gestor nichts anderes sagen lasse, als soviel: er werde dadurch verantwortlich, dem Abwesenden sowohl, als auch dritten Personen, die bei dieser Geschäftsführung sich mit ihm eingelassen haben. **)

Während ferner die Voraussetzungen, unter denen das röm. Recht den Abwesenden dem negot. gestori verbunden macht, ohnstreitig in der Maasse aufzustellen waren, wie sich in dem Satze unter Num. 11. a. b. c. vorgeschrieben findet, macht auch das preuss. Recht den Abwesenden verbunden, den negot. gestor zu entschädigen, insoweit der Betrag der Entschädigung nicht die Summe des durch die negot. gestio Erhaltenen oder Gewonnenen übersteigt. §§. 230. 231. und 232. ***) völlig übereinstimmend mit dem Satze unter 11. a.

*) M. vgl. §. 233. „Wenn der Andere durch solche Handlungen nur das, wozu er ohnehin verpflichtet war, geleistet hat: so wird der, zu dessen Nutzen die Verwendung geschehen ist, dadurch noch nicht für bereichert angesehen.

**) §§. 228. u. 229. „In der Regel ist Niemand befugt, sich in die Geschäfte eines Andern ohne dessen Auftrag oder ein anderes besonderes durch ausdrückliche Gesetze ihm beigelegtes Recht zu mischen.“

Wer dies thut, macht sich sowohl dem Eigenthümer, als dem Dritten, welcher sich mit ihm eingelassen hat, verantwortlich.“

***) §. 230. „Doch darf sich Niemand die Vortheile fremder Sachen oder Handlungen ohne besonderes Recht zueignen, und sich also mit dem Schaden des Andern bereichern.“

§. 231. „Wer also aus dem ohne Vollmacht von einem Andern besorgten Geschäfte einen wirklichen Vortheil geniesst, muss den Andern, so weit als dieser Vortheil hinreicht, schadlos halten.“

§. 232. „Für bereichert wird derjenige geachtet, dessen Vermögen durch den Aufwand eines Andern, oder durch Handlungen, wofür derselbe bezahlt zu werden pflegt, erhalten, vermehrt, oder verbessert worden.“

Was in dem Satze unter 11. b. in Verbindung mit dem Satze unter 10. g. gesagt ist, dass nämlich der Abwesende verbunden wird, wenn sich annehmen lässt, es würde, dafern er gekonnt hätte, ein der negot. gestioni entsprechendes Mandat von ihm gegeben worden sein, dass solchenfalls der negot. gestor wie ein Mandatar haftet, enthält auch das preuss. Landrecht in §§. 234. 235. u. 236. *), wobei zu bemerken, dass (m. vgl. §. 236.) auch der Mandatar nicht dafür haftet, wenn das Resultat seiner auftragsmässigen Thätigkeit zufällig wieder ist aufgehoben worden, dass man aber nicht wohl einsieht, welche praktische Folgen sich an die Vorschrift knüpfen sollen, der negot. gestor sei berechtiget, die Genehmigung zu erwarten, wenn es sich um Abwendung des Schadens handelt, da ja der Abwesende auch ohnehin nach §. 235. verbunden wird.

Uebrigens nimmt das Landrecht in den angezogenen Stellen ein mandatum praesumtum nur in dem Falle an, wo es sich um Abwendung eines Schadens handelt.

§. 237. dünkt dem Verfasser höchst inconsequent. **) Erstens scheint es höchst bedenklich, Jemanden nach Maassgabe der Absicht, in der er fremden Geschäften sich unterzogen (m. vgl. den folgdn. Art.) und also nach einem in den meisten oder doch öfteren Malen äusserlich gar nicht erkennbaren Momente verbindlich zu machen.

Zweitens, wenn es als erster Grundsatz betrachtet wird: culpa und zum Schadenersatz verbindend ist es, sich in fremde Vermögensangelegenheiten gemischt zu haben, so muss ich für jeden positiven, von mir veranlassten und also selbst für den nur zufälligen Schaden haften, daferne meine Einmischung den schädlichen Zufall veranlasst hat.

Drittens, wenn ich nicht verbunden war, Schaden abzuwenden, so mag ich mich noch so ungeschickt benommen und den noch so leicht abwendbaren Schaden nicht oder nicht vollständig abgewendet haben, es kann mich dennoch, da ich keine Verbindlichkeit verletzt habe, auch keine Verantwortlichkeit treffen.

*) §. 234. „Wer die Geschäfte eines Andern zur Abwendung eines nach vernünftigen und wahrscheinlichen Gründen bevorstehenden Schadens besorgt, ist berechtigt, zu erwarten, dass der Eigenthümer solches genehmigen werde."

§. 235. „Auch wenn die Genehmigung nicht erfolgt, haftet dennoch der Eigenthümer für die zur Verhütung des Schadens nützlich aufgewendeten Kosten."

§. 236. „Dies findet selbst alsdann statt, wenn die Sache nachher, ohne Schuld des Besorgers dennoch verloren gegangen ist."

**) §. 237. „Ein solcher Uebernehmer fremder Geschäfte, welcher sie bloss zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens besorgt, haftet dabei nur für ein grobes Versehen."

Die Ratihabition des Abwesenden stellt ihn und den negot. gestor in das Verhältniss eines Mandanten zu dem Mandatar, übereinstimmend dem Satze unter Num. 11. c. (m. vgl. §. 239. *) Der den Uebergang hierzu bildende §. 238. **) hat aber wieder das Bedenkliche, dass in vielen Fällen gar nicht erkennbar vorliegen wird, ob die Absicht des negot. gestoris bloss darauf gegangen sei, Vortheil zu befördern oder nicht.

Die folgenden Artikel (240.—248. ***) erregen mannichfache Bedenklichkeiten. Insonderheit muss man bei §. 240. die Frage aufwerfen: wie er zur Anwendung kommen soll, da jedes Geschäft, als ein in sich abgeschlossenes, keine theilweise Verweigerung der Ratihabition verstattet, in Gemässheit deren sich eine theilweise Begebung des Gewinnes proportionell

*) §. 239. „Erfolgt diese Genehmigung ausdrücklich und ohne Einschränkung: so entstehen zwischen beiden eben die Rechte und Pflichten, wie zwischen einem Machtgeber und Bevollmächtigten."

**) §. 238. „Wer aber die Geschäfte eines Andern, bloss um dessen Vortheil zu befördern, ohne Auftrag übernimmt, muss sich um die Genehmigung desselben bewerben."

***) §. 240. „So weit der, dessen Geschäft besorgt worden, die Genehmigung versagt, muss er sich auch des aus der Besorgung entstandenen Vortheils begeben."

§. 241. „Hat er sich den Vortheil einmal zugeeignet, ungeachtet er weiss, dass derselbe aus der ohne seinen Auftrag geschehenen Besorgung entstanden sei, so muss er dem Besorger, jedoch nur soweit, als der Vortheil hinreicht, wegen Schadens und Kosten gerecht werden."

§. 242. „Entschlägt sich der, dessen Geschäfte ohne seinen Auftrag besorgt worden, des Vortheils: so muss der Besorger die Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand setzen und den Eigenthümer entschädigen."

§. 243. „Kann die Sache nicht mehr in den vorigen Stand gesetzt werden, und wird der Nachtheil von dem Vortheile, welcher dem Eigenthümer durch die Besorgung des Geschäftes zuwächst, offenbar überwogen: so muss der Eigenthümer sich beides zugleich gefallen lassen."

§. 244. „Ist aber das Uebergewicht des Vortheils nicht klar: so kann der Eigenthümer verlangen, dass der Besorger das ganze Geschäft für eigne Rechnung übernehme, und ihn deshalb entschädige."

§. 245. „Wer sich fremder Geschäfte nur in der Absicht, den Vortheil des Eigenthümers dadurch zu befördern, ohne Auftrag unterzieht, muss dabei schon ein geringes Versehen vertreten."

§. 246. „In obigen Vorschriften macht es keinen Unterschied: ob derjenige, dessen Geschäft ohne seinen Auftrag besorgt worden, abwesend oder gegenwärtig gewesen ist."

§. 247. „War demjenigen, dessen Geschäfte ohne seinen Auftrag besorgt wurden, schon vor oder während der Besorgung bekannt, und hat er dieser Besorgung vor Vollendung des Geschäftes, sogleich nach erlangter Wissenschaft, nicht widersprochen, so muss er das Geschäft selbst genehmigen."

§. 248. „Doch haftet er dem Besorger nur so weit, als sein Vortheil wirklich befördert worden."

möchte auswerfen lassen. Wenn einmal von dem Abwesenden ein Geschäft genehmigt wird, indem er sich den daraus entstandenen Vortheil anmaasst, und wenn die Genehmigung das Verhältniss dem des Mandanten zu dem Mandatar gleichstellt, so sieht man nicht ein, wie die besondere, durch Aneignung des Vortheils factisch stattfindende, Genehmigung hierunter eine Modification hervorbringen soll. Dass die Genehmigung gleiche Wirkungen hervorbringt, auch wenn negotia inviti sind gerirt worden (§. 251. *), ist consequent.

Bei §. 242. — 244. dürfte man in der Anwendung auf Schwierigkeiten stossen. Z. B. unter den zahlreichen Gebäuden einer und derselben Fabrikanstalt eines Abwesenden, hat der negot. gestor in dem einen vortheilbringende Abänderungen anbringen lassen. Wie kann hier von einer Uebernahme des ganzen Geschäftes auf eigne Rechnung die Rede sein?

§. 245. fordert zu ähnlichen Ausstellungen auf, wie §. 237. §§. 246.—248. scheinen gefährdend.

Wenn ein Gegenwärtiger (was doch in dem vorliegenden Zusammenhange ohnstreitig allemal soviel heisst, als ein von der negot. gestio Unterrichteter) mich in seinen Angelegenheiten thätig sein lässt, so dürfte es ein falsches Verfahren sein, ihn nicht, wie es in dem röm. Rechte geschieht, einem Mandanten gleichzustellen, welchergestalt die Summe des demselben gewordenen Vortheils nicht unbedingt den Maasstab für seine Verbindlichkeiten abgeben kann.

§. 249. und 250. **) scheinen entbehrlich, wenn man einmal den Grundsatz an die Spitze stellt, es sei jede Einmischung in fremde Vermögensangelegenheiten zunächst als culpa zu betrachten.

§. 252. ***) beschränkt des negot. gestoris hier in Uebereinstimmung mit dem Satze unter Num. 10. f. ausgesprochene

*) §. 251. „Will aber der Eigenthümer den Vortheil, welcher aus dem gegen sein Verbot besorgten Geschäfte entstanden ist, sich zueignen, so findet auch in diesem Falle die Vorschrift §. 241. Anwendung."

**) §. 249. „Wer die Geschäfte des Andern gegen dessen ausdrückliches Verbot übernommen hat, der kränkt die Rechte des Andern, und muss allen auch nur zufälligen Schaden, insofern derselbe ohne seine Einmischung nicht entstanden sein würde, vergüten."

§. 250. „Auch haftet er dem Eigenthümer für den Gewinn, welcher diesem durch seine eigenmächtige Einmischung in das Geschäft entgangen ist."

***) §. 252. „In allen Fällen, wo Jemand weiss, dass der abwesende oder sonst verhinderte Eigenthümer die Besorgung seiner Geschäfte einem Andern übertragen habe, und er einen solchen Bevollmächtigten an der Ausrichtung dieses Auftrages durch seine Einmischung verhindert, macht er sich nicht bloss für den wirklichen Schaden, sondern auch für den entgangenen Gewinn verantwortlich."

Verbindlichkeit wohl ohne ausreichenden Grund auf den Fall, wo ein Mandatar verdrängt worden ist, während man ohnstreitig dieselbe Verbindlichkeit für begründet anzusehen hat, auch dann, wenn eines Andern erspriesslichere negot. gestio ist verdrängt worden.

§. 253. *) stimmt mit dem röm. Rechte und dem Satze unter Num. 10. e. überein. Es möchte aber die Modification, die in den Worten liegt: „in Folge einer und derselben negot. gestio" eine Bestimmung sein, die man nicht hätte übersehen sollen.

§. 254. und 255. **) sind schwerlich bestimmt genug gefasst. Durch eine negot. gestio kann dem negot. gestor unmittelbar und mittelbar ein Vortheil erwachsen. Inwieweit soll er nun die erwachsenen Vortheile dem Abwesenden gut schreiben?

§. 256. ***) ist übereinstimmend mit dem Satze unter Num. 10. c.

§. 257. †) erweitert des negot. gestoris Verbindlichkeiten auf eine Weise, die sich nach dem, was zu dem Satze unter Num. 10. a. ist gesagt worden, nicht rechtfertigen lässt.

Während der §. 258. ††) wohl hätte entbehrt werden können, ist §. 259. †††) dem Satze unter Num. 5. analog. Al-

*) §. 253. „Wer nach obigen Grundsätzen, wegen der Einmischung in fremde Geschäfte, einem Andern zur Schadloshaltung verhaftet wird, ist allemal befugt, den demselben verschafften Vortheil in Gegenrechnung zu bringen."

**) §. 254. „Wer, nach eben diesen Grundsätzen, für die ohne Auftrag übernommene Besorgung fremder Geschäfte Vergütung zu fordern berechtigt ist, muss sich darauf den Vortheil, der ihm selbst durch eben diese Besorgung entstanden ist, abrechnen lassen."

§. 255. „Die auf ein solches Geschäft verwendeten Kosten werden unter beide Interessenten, nach Verhältniss des einem jeden daraus erwachsenen Nutzens vertheilt."

***) §. 256. „Jeder, welcher fremde Geschäfte besorgt hat, muss von seinen Handlungen, Einnahmen und Ausgaben genaue Rechenschaft ablegen."

†) §. 257. „Wer einmal ein fremdes Geschäft ohne Vorwissen des Eigenthümers übernommen hat, muss dasselbe bis zur gänzlichen Vollendung fortsetzen, wenn nicht der Eigenthümer, auf erhaltene Nachricht, andre Verfügungen zu treffen für gut findet."

††) §. 258. „Wer fremde Geschäfte nur zugleich mit seinen eignen, und nur bei Gelegenheit der letztern besorgt hat, wird dennoch, in Ansehung des fremden Geschäftes, nach vorstehenden Grundsätzen beurtheilt."

†††) §. 259. „Wenn aber das fremde Geschäft mit dem eignen in einer solchen Verbindung stand, dass eins ohne das andere nicht besorgt werden konnte: so muss das Verhältniss zwischen dem Besorger und dem Eigenthümer, nach den Regeln einer ohne Vertrag entstandenen Gesellschaft bestimmt werden."

lein §. 260. *) scheint unter gegebenen Umständen zu seltsamen Resultaten zu führen. Z. B. ich bin als Erbe im Besitz eines mir und dem abwesenden Miterben angefallenen Grundstücks. Es wird gegen mich die Vindicationsklage angestellt, und ich wage den Prozess, den Jeder an meiner Stelle wagen zu müssen würde geglaubt haben. Wenn ich den Prozess verliere, soll ich dann von dem Miterben, dem ich allerdings keinen Vortheil geschafft habe, nicht die Erstattung der antheiligen Kosten fordern?

§. 261. **) ist conform dem Satze unter Num. 7.

Manche der Lehre von der negot. gestione verwandte Vorschriften enthält das Ldr. in dem folgenden dritten Abschnitte unter der Rubrik: „Von den nützlichen Verwendungen". Davon weiter unten.

*) §. 260. „Aber auch in diesem Falle haftet derjenige, dessen Geschäfte besorgt worden, nicht weiter, als der dadurch ihm zugewachsene Vortheil reicht."

**) §. 261. „Ein Irrthum des Handelnden in der Person dessen, für welchen er ein Geschäft übernommen zu haben glaubt, ändert nichts in Beziehung auf das Geschäft selbst und dessen rechtliche Folgen."

VI.

Die Versio in rem.

(Lb. XV. tit. 3.)

1) Wer mit einer unter väterlicher Gewalt stehenden, und darum gegen den Vater zu klagen unfähigen Person ein gegenseitig verbindendes Geschäft eingegangen, ist die unterbliebene Gegenleistung von dem Vater zu fordern insoweit befugt, als die in Gewalt desselben befindliche Person, wenn sie darinne nicht befindlich wäre, die Mandatsklage oder actionem negot. gestor. auf dasselbe Object anstellen könnte.

2) Wenn von den Voraussetzungen unter Num. 1. nur die fehlt, dass der Mandatar oder negot. gestor in väterlicher Gewalt des Herrn des Geschäftes sei, so findet dieselbe Berechtigung seines Mitcontrahenten statt, daferne liquid ist, dass der Herr des Geschäftes nicht von dem Mandatar oder negot. gestor selbst werde mittelst der Mandatsklage oder der actio negot. gest. belangt werden.

3) Wenn der Mandatar oder der negot. gestor hinsichtlich des Betrages einer und derselben in des Herrn Vermögen statt gefundenen Verwendung der Schuldner von mehr als einem Gläubiger geworden, so findet unter letzteren die Prä-

vention statt, dergestalt, dass der Herr des Geschäftes nur den zuerst klagenden zu befriedigen gehalten ist.

Erläuterungen.

§. 1.

Einleitende Bemerkung.

Die Klage de in rem verso beruht auf der römischen väterlichen und hausherrlichen Gewalt. Da bei uns die Slaverei nicht stattfindet, so fallen auch bei uns nothwendig zur Hälfte die Verhältnisse weg, unter denen bei den Römern de in rem verso konnte geklagt werden. Ob aber darum, weil wir eine väterliche Gewalt anerkennen, uns die andere Hälfte der Voraussetzungen geblieben sei, unter denen jene Klage stattfand, dies hängt davon ab, ob, wenn wir gleich keine patriam potestatem im röm. Sinne des Wortes haben, die heutige väterliche Gewalt nicht wenigstens diejenige besondere Beziehung mit der römischen gemein habe, wodurch die actio de in rem verso bedingt wurde. Dies hat man zu bejahen. Denn auch bei uns können Vater und Sohn, so lange dieser sich in jenes Gewalt befindet, keine gegenseitig untereinander klagbarerweise verbindenden Verträge und vertragsmässige Geschäfte eingehen, und darauf, wie man sogleich sehen wird, beruht die Möglichkeit, aus den Handlungen von Haussöhnen de in rem verso gegen den Vater klagen zu können.

Wenn wir in Nachstehendem bald von Sclaven, bald von Haussöhnen, bald von beiden zugleich sprechen, weil die zu erläuternden Gesetzstellen dazu veranlassen, so versteht sich doch von selbst, dass wir das praktische Resultat allemal nur auf die Söhne beziehen.

§. 2.

Erfordernisse der Klage de in rem verso.

Der Vater kann den Sohn anweisen, Geschäfte auf seine, des Vaters, Rechnung und Gefahr zu schliessen; der Sohn kann dasselbe für den Vater thun, was ein negot. gestor thun könnte. Dies ist etwas rein Factisches, und hat gar nichts damit zu schaffen, dass zwischen Vater und Sohn (Sohn bezeichnet in vorliegendem Zusammenhange allemal den in väterlicher Gewalt befindlichen Sohn) keine klagbaren Verbindlichkeiten stattfinden. Wenn der Sohn wie ein Mandatar oder

negot. gestor des Vaters gehandelt hat, und mit den Mitteln dazu von einem Dritten versehen worden ist, und dies zwar nicht schenkungsweise, sondern auf zu Gegenleistungen verbindende Weise, so würde der Sohn als Mandatar oder negot. gestor im juristischen, ihn gegen den Herrn des Geschäftes, und umgekehrt diesen gegen ihn zu klagen berechtigenden Sinne, actionem mandati oder negot. gestorum haben, entweder um für die seinerseits bewirkte Gegenleistung entschädigt oder hinsichtlich der seinerseits noch nicht getilgten Verbindlichkeit von dem Vater vertreten zu werden. Es würde also in einem wie in dem andern Falle des Sohnes Verbindlichkeit den Vater treffen. Wenn nun ein Dritter mit dem Sohne contrahirt, oder allgemeiner und richtiger ausgedrückt, sich mit diesem in ein gegenseitig verbindendes Geschäft eingelassen hat, die Gegenleistung des Sohnes aber unterblieben ist, so kann der Dritte zu ebendemselben Betrage actionem de in rem verso gegen den Vater anstellen, zu welchem der Sohn in Hinsicht auf die erfolgte oder noch schuldige Gegenleistung die Mandatsklage oder act. negot. gestor. hätte, wenn er nicht Sohn, wenn er in der Lage wäre, gegen den Vater klagen zu können.

Dass die act. de in rem verso auf dieser Grundansicht beruht, lehrt der vorliegende Titel. Lässt sich dies darthun, so ist der Satz unter Num. 1. und damit zugleich dargethan, wie irrig die Ansichten mancher Juristen sind, die den patremfamilias unbedingt für alles möchten verbunden machen, was aus eines Dritten Vermögen in das seinige durch eines Sclaven oder Sohnes Hände übergegangen ist. Streng hält die röm. Jurisprudenz über den Grundsatz: der Dritte hat actionem de in rem verso nur unter der Voraussetzung, dass der Sclave oder Sohn, wenn er pater-familias oder ein Freier wäre, actionem mandati oder negot. gestor. hätte, und nur zu dem Betrage, der mittelst einer oder der andern dieser Klagen gefordert werden könnte, findet die actio de in rem verso statt.

§. 3.

Belegstellen hierzu.

Zu Beleg für den Satz: dass zu Begründung unsrer Klage die Verwendung in Folge eines von dem Sclaven mit einem Freien eingegangenen gegenseitig verbindenden Geschäftes (denn naturaliter konnte auch der Sclave verbunden werden) stattgefunden und mittelst desjenigen, was der Freie geleistet, ohne dass er die Gegenleistung erhalten, der Sclave das Ge-

schäft des Herrn müsse besorgt haben, beschränkt man sich auf l. 3. §. 1.

Andere in anderem Zusammenhange zu erörternde Stellen belegen das Nämliche. Aus der citirten Stelle heben wir folgende Worte aus, indem die übergangenen weiter unten werden erörtert werden.

„In rem autem versum videtur, sive id ipsum, quod servus accepit, in rem domini converterit, veluti si triticum acceperit, et id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumserit, aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit.“

Den Satz: dass die actio de in rem verso nur unter der Voraussetzung stattfinde, dass man sich den verwendenden Sclaven, wenn man von dessen Sclaverei abstrahirt, als Procurator und zu Anstellung der actionis mandati, oder als negot. gestor und zu Anstellung der act. negot. gestor. müsse berechtigt denken können, spricht als Regel aus:

l. 3. §. 2. „Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem.“

Die folgenden Worte: „quotiesque aliquid ita consumsit servus, ut aut meliorem rem dominus haberet, aut non deteriorem“ sind nur die Erläuterung der vorhergegangenen. Denn das ist ja eben das Kennzeichen eines negot. gestor, dass er gewinnbringend (ut aut meliorem rem dominus haberet) oder conservativ zu Werke gegangen ist (aut non deteriorem).

Diese Regel findet in dem Pandectentitel die häufige, zugleich die Bestätigung derselben enthaltende Anwendung. Die desfalls hervorzuhebenden Stellen belegen aber auch zugleich, dass

1. die actio de in rem verso nur dann stattfindet, wenn die Gegenleistung auf Seiten des Sclaven unterblieben, und

2. dass sie nur auf soviel stattfindet, als dieser selbst, wenn er nicht eben ein Sclave wäre, denkbarerweise actione mandati oder negot. fordern könnte.

M. vgl. l. 3. §. 1.

„Sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit, veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam, vel si ad vestiendam.“

Man sieht ohne weitere Bemerkung, dass ein Freier actionem negot. gestor. haben würde, wenn er Gelder aufgenommen hätte, um für den Hausherrn, nach dem gewöhnlichen Gange der Wirthschaftsführung desselben, unerlässlich nöthige Ausgaben zu bestreiten.

§. 4. l. cit. enthält a contrario das Nämliche.

„Sed si mutua pecunia accepta, domum dominicam exornavit tectoriis, et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem, non videtur versum, quia nec procurator haec imputaret, nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuerit, nec deberet ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset. Quid ergo est? Pati debet dominus, creditorem haec auferre, sine domus suae videlicet injuria, ne cogendus sit dominus vendere domum, ut, quanti pretiosior facta est, id praestet.“

Nicht kann derjenige sich als negot. gestor prädiciren und die entsprechende Klage anstellen, der bloss voluptuöse Verwendungen für den Herrn gemacht hat. *) Auch ein Procurator — er müsste denn dazu ein specielles Mandat gehabt haben — würde für solche Verwendungen nichts in Ansatz bringen dürfen. Die Schlussworte der Stelle: „Quod ergo est? Pati etc.“ sind eben so wenig schwierig, als sie über die vorliegende Materie ein besonderes Licht verbreiten.

„§. 6. l. cit. Nec non illud quoque in rem domini versum, Labeo ait, quod mutuatus servus domino emit volenti ad luxuriae materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumtus subministravit; neque enim spectamus, an bono domini accesserit, quod comsumtum est, sed an in negotium domini?“

Der negot. gestor kann auch für voluptuöse Verwendungen den Ersatz fordern, wenn sich aus den Umständen ergiebt, dass dieselben der Absicht und Willensmeinung des Abwesenden gemäss sind. Ebenso findet versio in rem statt, wenn der Sclave dem domino volenti Luxusbedürfnisse mit von mir erborgtem Gelde erkauft hat.

Hiermit ist zu verbinden l. 5. §. 2.

„Quod servus domino emit, si quidem voluntate ejus emit, potest quod jussu agi; sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit, vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emerit, de in rem verso actio erit; si vero nihil eorum est, de peculio erit actio,“ nach welcher es räthselhaft scheinen könnte, dass in §. 6. cit. nicht auch die actio quod jussu gegeben wird.

Es wird in dem Anhange nachgewiesen werden, dass die actio quod jussu zwar allerdings dann stattfindet, wenn der Sclave oder filius-familias nach des Herrn Geheiss für die-

*) Tectoria (nach Brissonius, der sich auf Vitruv Lib. II. cap. 4., Lib. VII. cap. 3. und auf die Worte des Plinius Lib. XXXVI. cap. 23. beruft: „tectorium nisi ter arenato et bis marmorato inductum est, non satis splendoris habet“) sind: „incrustationes splendorem transmittentes, quae ex gypso et calce vel ex marmore tuso compositae parietibus inducebantur et illinebantur.“

sen ein Geschäft besorgt hat, dass dies aber nicht ausreicht, sondern derjenige, der mit einer unter hausherrlicher Gewalt stehenden Person sich eingelassen hat, dies in Folge speciell auch ihm selbst eröffneter Willensmeinung des Hausherrn gethan haben muss, wenn er die actionem quod jussu haben will.

Wie aber die actio negot. gestor., wenn andre Voraussetzungen derselben hinwegfallen, begründet wird durch Ratihabition des negotii gesti, so wird die actio de in rem verso begründet, völlig abgesehen davon, inwiefern dadurch der Herr ist bereichert worden oder nicht, sobald der Herr die voluptuösen Verwendungen des Sclaven ratihabirt.

Einen, keiner besondern Erläuterung bedürfenden Fall, wo die Umstände in Folge von Rücksichten des äusseren Anstandes voluptuöse Verwendungen als hauswirthschaftliche, und also zur actio de in rem verso berechtigende darstellen, enthält l. 7. §. 3.

„Illud plane verum est, quod Labeo scribit: si odores et unguenta servus emerit, et ad funus erogaverit, quod ad dominum suum pertinebat, videri in rem domini versum."

Für solche Verwendungen könnte sich aber auch ein pater-familias actione negot. gest. erholen.

l. 5. pr. und §. 1.

„Si res domino non necessarias emerit servus, quasi domino necessarias, veluti servos, hactenus videri in rem ejus versum, Pomponius libro quinto scribit, quatenus servorum verum pretium faciat, quum, si necessarias emisset, in solidum, quanto venissent, teneretur."

„§. 1. Idem ait: sive ratum habeat servi contractum dominus, sive non, de in rem verso esse actionem."

Die Schlussworte in l. 5. pr. „quum si necessarias" etc. haben keine Schwierigkeit. Wenn ich Jemandem etwas demselben unerlasslich Nothwendiges erkaufe, so fordere ich als negotiorum gestor den vollen Kaufpreis, ohne dessen Erlegung ich den erforderten Gegenstand nicht hätte erlangen können; und also ist in einem solchen Falle auch die actio de in rem verso begründet. Wenn mir aber Jemand etwas kauft, das mir nicht nothwendig war, so hat er act. negot. gestor. nicht, es wäre denn, ich ratihabirte. Allein wenn der Sclave mir entbehrliche Dinge gekauft hat, so findet bis zu dem wahren Werthe derselben actio de in rem verso statt, der Herr mag (§. 1.) genehmigen oder nicht. Das ist sehr begreiflich. Denn ist in der angegebenen Maasse ein Freier mein negot. gestor geworden, so hängt es von mir ab, ob ich ratihabiren, und also Eigenthümer werden will oder nicht. Wenn aber mein Sclave gekauft hat, so werde ich Eigenthümer auch ohne Ratihabition; denn ich erwerbe eo ipso dadurch, dass der Sclave

erworben hat, und also findet in Fällen solcher Art die actio de in rem verso unbedingt und unabhängig von der Ratihabition in Betreff des dem Hausherrn gewordenen wirklichen Werthes statt.

Hiermit sind zu verbinden die Worte in l. 3. §. 1.

„Sed et si erravit in solvendo, et putavit creditorem eum, qui non erat, aeque in rem versum esse, Pomponius libro sexagesimo primo ait, quatenus indebiti repetitionem dominus haberet."

Wenn mein negot. gestor eine Nichtschuld für mich bezahlt, so hängt die Frage, ob er als negot. gestor anzusehen sei, von meiner Ratihabition ab, und ich erwerbe condictionem indebiti, dafern ich ratihabire. Wenn aber mein Sclave eine Nichtschuld bezahlt, so steht mir die condictio indebiti zu, ich mag wollen oder nicht.

Eben so in dem Falle, den §. 5. l. cit enthält.

„Idem Labeo ait: si servus mutuatus nummos a me, alii eos crediderit, de in rem verso dominum teneri, quod nomen ei acquisitum sit. Ex qua causa hactenus erit dominus obligatus, ut, si non putat sibi expedire, nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus, procuratoremque eum faciat."

Wenn Jemand auf meine Rechnung Geld borgt und es wieder verborgt, so hängt es von mir ab, ob ich dies Geschäft für eine negot. gestio anerkennen und, indem ich es anerkenne, die Klage erwerben will. Wenn aber mein Sclave so verfährt, so habe ich abermals das Klagerecht, ich mag wollen oder nicht, und ich muss dem Darleiher entweder den Betrag der Forderung bezahlen, oder sie ihm abtreten.

Nicht minder wird in l. 7. §. 5. l. 8. l. 9. die actio de in rem verso völlig von eben den Umständen abhängig, von welchen, wenn der erborgende Sohn oder Sclave ein paterfamilias wäre, es abhängen würde, ob dieser actionem negot. gestorum anstellen könne oder nicht.

„l. 7. §. 5. Si filius-familias pecuniam mutuatus, pro filia sua dotem dederit, in rem versum patris videtur, quatenus avus pro nepte daturus fuit. Quae sententia ita demum mihi vera videtur, si hoc animo dedit, ut patris negotium gerens."

„l. 8. Et nihil interesse, Pomponius ait, filiae suae nomine, an sororis, vel neptis ex altero filio natae dederit. Idem ergo dicemus, etsi servus mutuatus fuerit, et domini sui filiae nomine in dotem dederit."

„l. 9. Si vero pater dotem daturus non fuit, in rem patris versum esse non videtur."

Die darauf folgende Stelle l. 10. pr. muss mit nachstehenden

zum Theil aus §. 5. cit. herunterziehenden Einschaltungen also aufgefasst werden:

„Si pro patre filius fidejusserit, et creditori (patris, pecuniam mutuatus) solverit, in rem patris videtur versum, quia patrem liberavit.“

Gemäss der der actioni de in rem verso zu Grunde liegenden Ansicht: was ein filius-familias als Procurator, als negot. gestor fordern könnte, wenn er selbstständig gegen den Hausherrn wäre, das fordert durch die genannte Klage derjenige, aus dessen Vermögen gegangen, was jener als Procurator, als negot. gestor aufgewendet, kann unter einer besondern in l. 10. §. 1. und 2. angegebenen Gestaltung der Umstände, eine actio de in rem verso von demjenigen angestellt werden, der keinen Groschen ausgegeben hat. Z. B. ein filius-familias hat sich als Beklagter an Stelle des Vaters in Anspruch nehmen lassen, und ist verurtheilt, auf diese Weise aber der Vater liberirt worden; denn die gegen den Sohn consumirte Klage lässt sich nicht anderweit gegen den Vater erheben. Nun aber kann man, was man als defensor zu zahlen schuldig geworden, und was solchergestalt als Schuld dem Vermögen des defensors eben so gut entgangen ist, als wenn es bereits gezahlt wäre, noch vor der Zahlung actio negot. gestor. von dem Abwesenden erstattet verlangen. Was unter solchen Umständen der filius-familias fordern könnte, wenn er eben nicht filius-familias wäre, das fordert nach dessen Verurtheilung der Kläger, der zwar kein Geld hergegeben, allein die ursprünglich gegen den Vater begründete Klage verloren hat, nunmehro von diesem actione de in rem verso.

Eben so, wenn ich novandi animo von dem filius-familias stipulire, was mir der Vater schuldig ist. Die ursprüngliche Klage gegen den Vater ist aufgehoben. Allein der Expromittent, der kein filius-familias wäre, könnte gegen den liberirten Vater noch vor der Zahlung wegen der Schuld klagbar werden, und darum kann es in dem vorliegenden Falle der Gläubiger; es wäre denn, der Sohn hätte donandi animo und also in einer Maasse expromittirt, die seinerseits actionem mandati und negot. gest. ausschlösse.

M. vgl. die citirten Stellen.

„l. 10. §. 1. Cui simile est, quod Papinianus libro nono Quaestionum scribit: si filius quasi defensor patris judicium susceperit, et sit condemnatus, de in rem verso teneri patrem; namque filius eum judicio suscepto liberavit.“

„§. 2. Idem tractat Papinianus, etsi, quod patrem dare oporteret, a filio sim stipulatus, et ita convenerim filium; nam et hic de in rem verso fore actionem, nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat.“

Doch ist eine Casuistik möglich, wo auch bei dem donandi animo dennoch versio in rem stattfindet, und dies zwar nach l. 7. §. 1.

„Plane si mutuum servus acceperit, et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est.“

Indess, der Verfasser bekennt, dass er nicht vermag, sich diese Casuistik anschaulich zu machen.

Hiermit ist zu verbinden §. 3. l. 10.

„Quare potest dici, etsi de peculio actionem quasi defensor patris susceperit, teneri patrem de in rem verso usque ad peculii quantitatem. Cujus sententiae id erit emolumentum, ut, si finita sit actio de peculio, de in rem verso conveniatur. Ego et ante condemnationem, post judicium patris nomine acceptum, de in rem verso patrem teneri puto.“

Der Sohn stellt sich für den actione de peculio von einem Dritten zu belangenden Vater als defensor. Auf soviel, als bei dieser Klage für den Kläger als summa condemnationis ausfällt, kann letzterer den Vater belangen. Denn jeder defendirende Nicht-filius-familias würde die Summe der Condemnation von demjenigen erstattet verlangen, den er defendirt hat — „quia ei abesse videtur, in quo obligatus est“ (l. 28. de negot. gest.) —. Da nun aber im vorliegenden Falle der defensor ein filius-familias ist, so kann dies an seiner Stelle derjenige, welcher gegen ihn, den defendirenden filium-familias, geklagt hat, auch noch bevor derselbe verurtheilt ist; denn durch die von selbigem als defensor gegen den Kläger bewirkte Litiscontestation wird er bedingt, nach Maassgabe des Resultates, das der Prozess erst noch geben soll, dessen Schuldner, und könnte, wenn er nicht filius-familias des Vaters wäre, von Letzterem (m. vgl. den Satz unter 1. b. S. 59.) Sicherstellung verlangen. Darum ist auch der Kläger in dem vorliegenden Falle berechtigt, zu verlangen, dass der Vater de in rem verso in diejenige Summe verurtheilt werde, zu welcher der filius-familias als defensor möchte verurtheilt werden.

Aus ebenderselben Grundansicht werden noch andere Stellen desselben Fragmentes erklärlich.

Der Bevollmächtigte, der negot. gestor, der als solcher Geld aufgenommen hat, kann das Capital nur dann mit Zinsen erstattet verlangen, wenn er selbst seinem Gläubiger Zinsen versprochen hat. Daher kann von dem Gläubiger, der einem filius-familias Geld geborgt hat, die actio de in rem verso auf Zinsen nur insoweit gerichtet werden, als dergleichen von dem Erborger sind versprochen worden.

M. vgl. §. 5. l. cit.

„Sed utrum in sortem duntaxat tenebitur dominus, an et in usuras? Et si quidem promisit usuras, Marcellus libro quinto Digestorum scribit, dominum praestaturum. Sed si non sint promissae, utique non debebuntur, quia in stipulatum deductae non sunt.“

Wenn ich aber nicht mit dem Sclaven paciscirt, sondern ich als negot. gestor des Herrn dem Sclaven Geld geborgt habe, so fordere unbedingt ich von dem Herrn Capital und Zinsen, denn der negot. gestor ist unbedingt berechtigt, verzinst zu fordern, was er aus eignen Mitteln aufgewendet.

„Plane si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri.“

Ferner: die actio mandati, die actio negot. gestor. kann natürlich nicht angestellt werden, wenn die damit klagbar zu machende Summe bereits gezahlt worden ist. Darum fällt die actio de in rem verso weg, sobald der Hausherr dem Sclaven bereits erstattet hat, was dieser mandati oder negot. gestor. actione fordern könnte, dafern er ein ingenuus oder libertus wäre, obschon unter solchen Umständen die Summe sehr einleuchtenderweise nur in einen andern Beutel des Herrn ist gesteckt worden. Denn nunmehr ist das Gezahlte in dem peculio des Sclaven, und also des Herrn Eigenthum eben so gut, als dessen übriges Vermögen.

M. vgl. §. 6.

„Versum autem sic accipimus, ut duret versum. Et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo vel filio solutum.“

Doch kann der Herr unter solchen Umständen de dolo gehalten werden, wenn er praemeditirt und in der Absicht gezahlt hat, den Gläubiger um die actio de in rem verso zu bringen.

„Si tamen in necem creditoris, id est perdituro servo vel filio, solutum sit, desinit quidem versum, aequissimum autem est, de dolo malo adversus patrem vel dominum competere actionem.“

Nicht minder wird der Herr de dolo gehalten, wenn er peculiaris debitor des Sclaven ist, und seine Schuld an den dissipirenden Sclaven bezahlt und auf diese Weise die Minderung des peculii herbeigeführt hat, hinsichtlich dessen er des Sclaven Peculiargläubigern actione de peculio gehalten war.

„Nam et peculiaris debitor, si fraudulenter servo solverit, quod ei debebat, non liberatur.“

Weiter §. 7.:

„Si domini debitor sit servus, et ab alio mutuatus, ei solverit, hactenus non vertit, quatenus domino debet; quod excedit, vertit. Proinde si, quum domino deberet triginta, mutuatus quadraginta, creditori ejus solverit, vel familiam exhibuerit, dicendum erit, de in rem verso in decem competere actionem; at si tantundem debeat, nihil videtur versum; nam, ut Pomponius scribit, adversus lucrum domini videtur subventum. Et ideo, sive debitor fuit domino, quum in rem verteret, nihil videri versum, sive postea debitor esse domino coeperit, desinere versum; idemque et si solverit ei. Plus dicit: etsi tantundem ei donavit dominus, quantum creditori solvit pro se, si quidem remunerandi animo, non videri versum; si vero alias donavit, durare versum.“

Hier finden sich wieder mannichfache Beziehungen, welche darthun, dass man, um zu bestimmen, ob und inwieweit actio de in rem verso stattfinde, nach nicht mehr und nach nicht weniger zu fragen hat, als ob und inwieweit der Sclave actionem mandati oder negot. gestor. haben würde, wenn er kein Sclave wäre. Denn gegen das, was der Sclave von einem Andern geborgt und an den Herrn bezahlt hat, wird bei der actio de in rem verso in Aufrechnung gebracht, was der Sclave dem Herrn schuldet, sei nun diese Schuld frühern oder spätern Ursprungs als das bei dem Dritten und de in rem verso klagenden contrahirte Darlehn — „adversus lucrum domini videtur subventum“ —. Credit und Debet heben sich; was nur möglich ist, wenn man sich den Sclaven wie einen Freien denkt, und die Entscheidung davon abhängig macht, ob er als solcher actionem mandati oder negot. gestor. haben würde.

Nach den Worten: „idemque etsi“ hat man einzuschalten: „dominus“.

Da endlich eine gegen eine Leistung remuneratorisch erfolgte Schenkung als Zahlung, als Tilgung einer Verbindlichkeit gelten kann, so fällt die actio de in rem verso weg, wenn der Sclave durch eine remuneratorische Schenkung seine Befriedigung erhalten hat.

§. 8. enthält nur die Anwendung des Gesagten in einem erläuternden Beispiele.

„Idem quaerit: si decem in rem domini vertit, et postea tantandem summam a domino mutuatus sit, habeat praeterea et peculium decem? videndum ait, utrum desiit esse versum? an vero, quoniam est peculium, unde detrahatur debitum, de in rem verso non tollimus actionem? an potius ex utroque pro rata detrahimus? Ego autem puto, sublatam de in rem verso actionem, quum debitor domini sit constitutus.“

Mit erborgten 10 Thlrn. hat der Sclave des Herrn negotia gerirt. Jetzt borgt er 10 Thlr. von dem Herrn, während

„Sed utrum in sortem duntaxat tenebitur dominus, an et in usuras? Et si quidem promisit usuras, Marcellus libro quinto Digestorum scribit, dominum praestaturum. Sed si non sint promissae, utique non debebuntur, quia in stipulatum deductae non sunt."

Wenn ich aber nicht mit dem Sclaven paciscirt, sondern ich als negot. gestor des Herrn dem Sclaven Geld geborgt habe, so fordere unbedingt ich von dem Herrn Capital und Zinsen, denn der negot. gestor ist unbedingt berechtigt, verzinst zu fordern, was er aus eignen Mitteln aufgewendet.

„Plane si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri."

Ferner: die actio mandati, die actio negot. gestor. kann natürlich nicht angestellt werden, wenn die damit klagbar zu machende Summe bereits gezahlt worden ist. Darum fällt die actio de in rem verso weg, sobald der Hausherr dem Sclaven bereits erstattet hat, was dieser mandati oder negot. gestor. actione fordern könnte, dafern er ein ingenuus oder libertus wäre, obschon unter solchen Umständen die Summe sehr einleuchtenderweise nur in einen andern Beutel des Herrn ist gesteckt worden. Denn nunmehr ist das Gezahlte in dem peculio des Sclaven, und also des Herrn Eigenthum eben so gut, als dessen übriges Vermögen.

M. vgl. §. 6.

„Versum autem sic accipimus, ut duret versum. Et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo vel filio solutum."

Doch kann der Herr unter solchen Umständen de dolo gehalten werden, wenn er praemeditirt und in der Absicht gezahlt hat, den Gläubiger um die actio de in rem verso zu bringen.

„Si tamen in necem creditoris, id est perdituro servo vel filio, solutum sit, desinit quidem versum, aequissimum autem est, de dolo malo adversus patrem vel dominum competere actionem."

Nicht minder wird der Herr de dolo gehalten, wenn er peculiaris debitor des Sclaven ist, und seine Schuld an den dissipirenden Sclaven bezahlt und auf diese Weise die Minderung des peculii herbeigeführt hat, hinsichtlich dessen er des Sclaven Peculiargläubigern actione de peculio gehalten war.

„Nam et peculiaris debitor, si fraudulenter servo solverit, quod ei debebat, non liberatur."

Weiter §. 7.:

„Si domini debitor sit servus, et ab alio mutuatus, ei solverit, hactenus non vertit, quatenus domino debet; quod excedit, vertit. Proinde si, quum domino deberet triginta, mutuatus quadraginta, creditori ejus solverit, vel familiam exhibuerit, dicendum erit, de in rem verso in decem competere actionem; at si tantundem debeat, nihil videtur versum; nam, ut Pomponius scribit, adversus lucrum domini videtur subventum. Et ideo, sive debitor fuit domino, quum in rem verteret, nihil videri versum, sive postea debitor esse domino coeperit, desinere versum; idemque et si solverit ei. Plus dicit: etsi tantundem ei donavit dominus, quantum creditori solvit pro se, si quidem remunerandi animo, non videri versum; si vero alias donavit, durare versum."

Hier finden sich wieder mannichfache Beziehungen, welche darthun, dass man, um zu bestimmen, ob und inwieweit actio de in rem verso stattfinde, nach nicht mehr und nach nicht weniger zu fragen hat, als ob und inwieweit der Sclave actionem mandati oder negot. gestor. haben würde, wenn er kein Sclave wäre. Denn gegen das, was der Sclave von einem Andern geborgt und an den Herrn bezahlt hat, wird bei der actio de in rem verso in Aufrechnung gebracht, was der Sclave dem Herrn schuldet, sei nun diese Schuld frühern oder spätern Ursprungs als das bei dem Dritten und de in rem verso klagenden contrahirte Darlehn — „adversus lucrum domini videtur subventum" —. Credit und Debet heben sich; was nur möglich ist, wenn man sich den Sclaven wie einen Freien denkt, und die Entscheidung davon abhängig macht, ob er als solcher actionem mandati oder negot. gestor. haben würde.

Nach den Worten: „idemque etsi" hat man einzuschalten: „dominus".

Da endlich eine gegen eine Leistung remuneratorisch erfolgte Schenkung als Zahlung, als Tilgung einer Verbindlichkeit gelten kann, so fällt die actio de in rem verso weg, wenn der Sclave durch eine remuneratorische Schenkung seine Befriedigung erhalten hat.

§. 8. enthält nur die Anwendung des Gesagten in einem erläuternden Beispiele.

„Idem quaerit: si decem in rem domini vertit, et postea tantandem summam a domino mutuatus sit, habeat praeterea et peculium decem? videndum ait, utrum desiit esse versum? an vero, quoniam est peculium, unde detrahatur debitum, de in rem verso non tollimus actionem? an potius ex utroque pro rata detrahimus? Ego autem puto, sublatam de in rem verso actionem, quum debitor domini sit constitutus."

Mit erborgten 10 Thlrn. hat der Sclave des Herrn negotia gerirt. Jetzt borgt er 10 Thlr. von dem Herrn, während

er bereits 10 Thlr. gegen den Herrn schuldenfreies peculium hat, und also der Herr, wenn er die in seinen Nutzen verwendeten 10 Thlr. bezahlt, immer noch sein Darlehn an den Sclaven vollständig aus dem peculium erhalten kann. Demohngeachtet, wie augenscheinlich hier auch der Herr mit dem Gelde eines Dritten bereichert wird, findet die actio de in rem verso nicht statt; denn des Sclaven, wenn er ein Freier wäre, auf 10 Thlr. aus der negot. gestione gerichtete Forderung, würde durch eine gleich grosse Compensationspost getilgt sein.

Endlich §. 9.

„Idem quaerit; si in rem tuam verterit, et debitor tuus factus sit, mox creditor ejusdem summae, quam tibi debuit, an renascatur de in rem verso actio, an vero ex post facto non convalescat? Quod verum est.“

Der Sclave hat a) 10 Thlr. geborgt und in des Herrn Güter verwendet. Dann borgt er b) 10 Thlr. von dem Herrn, und die actio de in rem verso ist vernichtet. Kann sie nicht wieder aufleben, wenn nun der Sclave dem Herrn wieder c) 10 Thlr. borgte und damit den Compensationsanspruch vernichtet? Nein; denn wenn der Sclave ein Freier wäre, so könnte er nur die 10 Thlr. unter a) actione negot. gestor. fordern; allein diese Klage ist gehoben durch die 10 Thlr. unter b), und die 10 Thlr. unter c) könnte er nicht actione negot. gestor., sondern nur mittelst der Schuldklage einfordern.

Schlüsslich ist noch zu bemerken, dass so gut der Mandatar und der negot. gestor die entsprechenden Klagen hat, auch wenn dasjenige, was er geleistet, dem Mandanten oder Abwesenden nachher wieder verloren gegangen wäre, die actio de in rem verso, daferne des Verfassers Ansicht richtig ist, um der Consequenz willen begründet bleiben muss, auch wenn dem Hausherrn vor angestellter Klage wieder ist verloren gegangen, was ihm des Sclaven Geschäftsführung eingebracht hat. Dass sie begründet bleibe, belegen:

l. 3. §. 7. u. 8. l. 17. pr.

„Unde recte dicitur, et si frumentum comparavit servus ad alendam domini familiam, et in horreo dominico reposuit, et hoc periit, vel corruptum est, vel arsit, videri in rem versum.“

„§. 8. Sed et si servum domino necessarium emisset, isque decessisset, vel insulam fulsisset, eaque ruisset, dicerem, esse actionem de in rem verso.“

„l. 17. pr. Servus in rem domini pecuniam mutuatus, sine culpa eam perdidit; nihilo minus posse cum domino de in rem verso agi, existimavit; nam et si procurator meus in negotia mea impensurus, pecuniam mutuatus, sine culpa eam

perdiderit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum.“

§. 3.

Allgemeine Bemerkungen über die actio de in rem verso utili.

Zu dem Satze unter Num. 2.

Bis hierher haben wir gesehen, unter welchen Voraussetzungen bei den Römern die (eigentlich sogenannte) actio de in rem verso stattfand, und es ist zugleich bemerkt worden, dass dieselbe auch bei uns, nur in beschränkterem Umfange, stattfindet. Es gab aber auch eine actio de in rem verso utilis, die wir in weiter unten citirten Fragmenten erwähnt finden, ohne dass jedoch in irgend einem derselben auch nur mit einiger Bestimmtheit ausgesprochen wird, inwieweit die Erfordernisse der gedachten Klage von denen der eigentlich so benannten Klage abweichen. Weil nun aber als in rem versum alles dasjenige gelten kann, was in Jemandes Güter aus dem Vermögen eines Andern übergegangen ist, so hat sich ziemlich allgemein der Glaube verbreitet *), dass es eben nur eines solchen Ueberganges bedürfe, um eine Klage de in rem verso und zwar, wenn die auf der väterlichen Gewalt beruhenden Erfordernisse fehlen, allemal eine actionem de in rem verso utilem zu begründen. Das Irrige dieser Meinung glaubt der Verfasser bereits an einem andern Orte dargethan zu haben. (M. s. die Abhandlung: In wiefern ist die Theorie von der actio negot. gestor. und der actio de in rem verso umgestaltet worden, durch l. 7. §. 1. C. quod cum eo, qui in aliena potestate [IV. 26.] als ein Anhang zu *Kinds Quaest. for. Tom. III. cp. 21. ed. IIda. in der Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben. Leipzig* 1833. *Th. I. S.* 129. *ff.*)

Am Leichtesten wird das Irrige jener Ansicht in einem Beispiele wahrnehmbar. Gesetzt: was A dem B geleistet, ist in des C Vermögen gewendet worden. A hat es dem B gegeben, entweder 1) auf eine den B zur Erstattung oder zu einer Gegenleistung verbindende Weise, oder 2) auf keine solche, und also aus Liberalität oder zu Tilgung einer Verbindlichkeit. In dem Falle unter 2. wird Niemand an die Möglichkeit einer von A gegen den C anzustellenden Klage

*) Darum hat man aber auch in der Rubrik die Bezeichnung versio in rem beibehalten. Denn bei den lateinischen, sich schon von selbst als Kunstausdruck charakterisirenden Worten, drängt sich weit weniger eine vorgefasste Meinung auf, als bei der deutschen Bezeichnung: „Verwendung in eines Andern Vermögen“ der Fall sein würde.

de in rem verso denken. In dem Falle unter 1. würde die Theorie von dem Rechte der Forderungen völlig evertirt, wenn, was aus einer Hand in die andere gegangen, aus der dritten Hand und so nach Befinden weiter in das Unendliche fort, sollte zurückgefordert werden können. Demnach müssen jedenfalls, wenn eine actio de in rem verso utilis stattfinden soll, derselben beschränkende Grenzen angewiesen werden. Welche Grenzen dies (abgesehen vor der Hand noch von dem, was die Gesetze über unsre actio utilis enthalten) sein dürften, dies ergiebt sich aus dem Obigen theils entschieden gewiss, und wird theils durch die mit dem Ausdrucke in versum, nach juristischem Sprachgebrauch zu verbindende Bedeutung, sehr deutlich angedeutet. Gewiss nämlich ist es, dass keine Klage de in rem verso stattfindet, wenn B, was er von dem A bekommen, in des C Vermögen gewendet hat aus Liberalität. Denn wir haben gesehn, was der Sclave dem Herrn donandi animo gegeben, macht den Herrn nicht de in rem verso gehalten, auch wenn der Sclave sich erst durch aufgenommene Gelder zur Liberalität befähigt hat. Gewiss ist es ferner, nach Ausweis der citirten Gesetze, dass, wenn die Verwendung Schulden getilgt hat, die der Verwendende dem abzutragen hatte, in dessen Güter er verwendet hat, ebenfalls von keiner versio in rem die Rede sein kann, was um so einleuchtender ist, als die Verwendung ein aliud pro alio, nämlich für die Forderung, (und also für einen Vermögensbestandtheil) deren Object (also einen der Forderung äqualen Vermögensbestandtheil) hergestellt hat.

Demnach bliebe nur der Fall übrig, wo die Verwendung ein conservatives oder lucratives Ergebniss bewirkt hat, das zu bewirken der Verwendende eben so wenig gehalten war, als er es schenkungsweise zu bewirken die Absicht hatte. Alsdann aber hat der Verwendende jedenfalls in Hinsicht des für verwendet zu Betrachtenden actionem negot. gestor., und das Plus, das die versio in rem hergestellt hat, geht auf in dem Minus der dagegen begründeten Verbindlichkeit; welchergestalt denn jenes, als ein non-ens, auch keine Wirkungen haben, insonderheit keine klagbaren Verbindlichkeiten erzeugen kann. Nach alle dem vermag die juristische Speculation die Möglichkeit einer actio de in rem verso utilis sich nur dann zu denken, wenn der Verwendende nicht geschenkt, keine Schuld mit der Verwendung getilgt, und also zwar ein Forderungsrecht gegen den begründet hat, in dessen Güter verwendet worden, die Umstände aber die Annahme, dass deshalb der Verwendende eine Klage anstellen könne, factisch eben so gewiss ausschliessen, als sie juristisch ausgeschlossen ist, wenn die versio in rem zwischen dem Sohne und dem Vater stattgefunden hat, in dessen Gewalt ersterer sich befindet.

§. 4.

Hiermit übereinstimmende Gesetzstellen.

Eine de in rem verso actio utilem *) finden wir nur erwähnt, wo eine verheirathete Tochter von ihrem Ehemanne Geld zu demjenigen unabweislich nöthigen Aufwand erborgt hatte, welchen sie aus den Mitteln des Vaters bestritten zu sehen, gegen diesen das vertragsmässige Recht erlangt hatte.

„l. 20. pr. Pater pro filia dotem promisit, et convenit ut ipse filiam aleret **); non praestante patre, filia a viro mutuam pecuniam accepit, et mortua est in matrimonio. Respondi: si ad ea id, quod creditum est, erogatum esset, sine quibus aut se tueri aut servos paternos exhibere non potuisset, dandam de in rem verso utilem actionem.“

„l. 21. Filiam-familias duxit quis uxorem, patre dotem promittente, et convenit inter omnes personas, uti eam pater aut ipsa se tueretur; maritus ei mutuos nummos dedit, quum juste putaret, patrem ejus ministraturum tantum salarium, quantum dare filiae suae instituerat; eos nummos illa in usus necessarios sibi, et in servos, quos secum habebat, consumsit, aliquantum et, cum ei res familiaris credita esset, ex pecunia mariti in easdem causas convertit, deinde prius, quam pater salarium expleret, moritur filia; pater impensam recusat, maritus res mulieris retinet; quaero, an de in rem verso adversus patrem actio competat? Respondi: si ad ea id, quod creditum est, erogatum esset, sine quibus aut se tueri, aut servos paternos exhibere non potuisset, dandam de in rem verso utilem actionem.“

Die Entscheidung dieses Falles auf einen allgemeinen Satz zurückgeführt, könnte man sich versucht fühlen, die Behauptung aufzustellen, es hätten die Römer eine klagbare Verbindlichkeit unter dem Namen einer actio de in rem verso utilis für diejenigen Fälle verstattet, wo Jemand in Erwartung einer bei einem Andern ihm ausstehenden Summe, Geld erborgt, die ausstehende Summe aber nicht erhalten und darum nicht hatte zurückzahlen können, so dass, der Wirkung nach, von dem klagenden Darleiher für den Beklagten gezahlt worden wäre, was Letzterer einem Dritten schuldete. Leicht jedoch wird sich zeigen lassen, dass man, ohne anderweite gesetzliche

*) Der Verfasser wiederholt hier nur, was er a. d. a. O. S. 132. ff. gesagt hat.

**) Die Verbindlichkeit, eine versprochene Mitgift zu geben, war mittelst besonderen Vertrages dahin abgeändert worden, dass der Vater den Unterhalt seiner verheiratheten Tochter bestreiten solle.

Vorschrift, die Autorität der citirten Stellen nicht so weit erstrecken dürfe.

Man nehme den Gläubiger A, welcher, in Erwartung von dem Schuldner B Geld zu erhalten, die gleiche Summe von dem C geborgt hat. Wenn C, der seine Befriedigung von dem A um deswillen nicht erhalten kann, weil B diesen ohne Zahlung gelassen, den B soll belangen können, so kommt Letzterer offenbar in eine schlimmere Lage, als wenn sein ursprüngliches Verhältniss zu dem A nicht wäre alterirt worden. Er müsste den C bezahlen und bliebe immer noch Ansprüchen von dem A ausgesetzt, gegen den er keine bescheinigte Liberation in den Händen hätte, gegen den er sich nur vermittelst einer Exception der Gegenforderung schützen könnte, deren Ausführung nicht immer leicht sein dürfte. Denn das sieht jedermann ein, und das bittet man für die ganze gegenwärtige Untersuchung im Auge zu behalten, dass durch einen Prozess zwischen dem C und B nicht zugleich gegen den A, eine bei dem Prozesse keinen Antheil nehmende Person, rechtskräftig könne entschieden werden, dass was C dem A gezahlt hat, diesem der B schuldete.

Diese Betrachtung fällt bei dem in den citirten Gesetzstellen enthaltenen Falle hinweg, da nach der Tochter Tode eine gegen den Vater anzustellende Klage auf versprochene Alimente nicht weiter stattfinden konnte.

Demnach ist die actio de in rem verso utilis nach gesetzlicher Autorität nur in Fällen zulässig, wo man bezahlt hat, was ein Fremder schuldete, und dies zwar unter Umständen, wo es liquid vorliegt, dass der wirkliche Gläubiger keine Ansprüche auf Tilgung der Schuld machen werde.

Mit beiden oben citirten Gesetzstellen verbindet man noch folgende Bemerkungen:

Wenn die Tochter, was ihr der Vater zu zahlen schuldig geworden, anderwärts erborgt und damit den Aufwand bestreitet, zu dessen Bestreitung ihr der Vater die Zahlung versprochen, so ist das Verhältniss durchaus analog dem Falle, wo ein Sclave Geld borgt, und damit den Gläubiger des Herrn befriediget.

Der Titel enthält nur eine einzige Stelle, wo man den Verwendenden nicht als Mandatar oder negot. gestor ansehen kann, nämlich l. 3 pr.

„Quodsi servus domino quantitatem dederit, ut manumittatur, quam a me mutuam accepit, in peculium quidem hanc quantitatem non computari, in rem autem videri versum, si quid plus sit in eo, quod servus dedit, quam est in servi pretio."

Ein Sclave erkauft seine Freiheit von dem Herrn, um eine Summe geborgten Geldes. Der Darleiher soll actio de in rem

verso anstellen können auf denjenigen Betrag, um welchen die erborgte und dem Herrn bezahlte Summe den wirklichen Werth des Sclaven übersteigt. Dass der Sclave, wenn er ein Freier gewesen wäre, und als solcher etwas von dem Herrn erkauft und über den wahren Werth bezahlt hätte, wenn irgend eine, keine andre Klage als die auf dem Kaufgeschäfte beruhende, jedenfalls aber nicht actionem mandati oder negot. gest. anstellen könnte, bedarf keiner Bemerkung. Gewiss ist es aber auch, dass ein römisches Gericht ebensowenig als ein heutiges gegen den Verkäufer eine Klage zulässig finden würde, mittelst deren ein Darleiher, der den Abkäufer mit seinem Gelde in den Stand gesetzt hätte, unverhältnissmässig theuer zu bezahlen, den Betrag der Uebertheurung fordern möchte. Es lässt sich zu der citirten Stelle weiter nichts sagen, als dass, wie die actio de in rem verso utiliter ist auf Verwendungen erstreckt worden, die freie Personen bewirkt haben, sie utiliter auch auf solche Verwendungen von Sclaven ist erstreckt worden, die nach §. 3. l. cit. darunter nicht wären begriffen gewesen. Die eignen Worte Ulpians: „in rem videri versum" scheinen anzudeuten, dass er in dem Falle nur eine Analogie mit der in §. 2. von ihm selbst aufgestellten Voraussetzung wahrzunehmen glaubte. Gleichgültig ist es für uns, inwiefern eine actio de in rem verso utilis den Römern auch in allen Fällen nöthig scheinen konnte, wo ein Sclave Verwendungen gemacht hatte. In Beziehung auf ein Kind in väterlicher Gewalt verstattet das vorliegende Fragment zuverlässig Consequenzen nur in einem einzigen Falle. Man denke sich — wie solche Fälle heutzutage sehr häufig vorkommen — ein filiusfamilias soll das väterliche Gut erkaufen. Dies kann nicht geschehen, ohne dass ihn der Vater ad hunc actum der väterlichen Gewalt entlässt. Der Sohn kauft mit erborgtem Gelde zu theuer, ist enormiter lädirt. Hier ist offenbar der Sohn im Stande zu klagen; denn ad hunc actum der väterlichen Gewalt entlassen, ist er es auch für alles, was unmittelbar mit diesem actu zusammenhängt. Das Plus, was der Vater gewonnen, geht also auf in dem Minus, das die begründete Forderung des Sohnes darstellt, und es ist keine versio in rem erfolgt. Es wäre denn, der Sohn stürbe und hinterliesse den Vater als Erben, dann möchte man allerdings dem Darleiher auch bei uns actionem de in rem verso gestatten. Auf diesen höchst singulären Fall brauchte man in den Sätzen keine Rücksicht zu nehmen. Denn, wie es sich einerseits von selbst versteht, dass das röm. Recht auch in Analogien zur Anwendung kommen muss, so konnte und durfte es auch nicht des Verfassers Absicht sein, den Richter für denkbar einzelne Fälle der Mühwaltung zu überheben, selbst zu ermessen, ob und inwieferne das röm. Recht dafür eine Analogie an die Hand gäbe.

§. 5.

Scheinbar hiermit nicht zu vereinigende Gesetzstellen.

Es sind deren zwei.

Erstlich die schon citirte l. 7. pr. und

„§. 1. C. quid cum eo, qui in aliena potestate.“

„Ei, qui servo alieno dat pecuniam mutuam, quamdiu superest servus, item post mortem ejus intra annum, de peculio in dominum competere actionem, vel, si in rem domini versa sit haec quantitas, post annum etiam esse honorariam actionem, non est ambigui juris. Quapropter, si quidem in rem domini pecunia versa est, heredes ejus convenire potes de ea summa, quae in rem ipsius processit. Si vero hoc non probari potuerit, consequens est, ut superstite quidem servo, dominum de peculio convenias, vel, si jam servus rebus humanis exemtus est, vel distractus seu manumissus, nec annus excessit, de peculio quondam adversus eum experiri possis.“

„§. 1. Alioquin si cum libero res ejus agente, cujus precibus meministi, contractum habuisti et ejus personam elegisti, pervides, contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit.“

Dabei ist zu bemerken:

Das vorliegende Gesetz selbst hat die Klage in dem, von der heutigen Jurisprudenz angenommenen Umfange nicht eingeführt; es bezieht sich offenbar auf schon vorhandene, ganz unbestreitbare Rechtssätze; denn von selbst leuchte es ein, sagen die Kaiser, dass, wenn die versio in rem stattgefunden habe, alsdann auch die gleichnamige Klage stattfinde. Eine consequente Interpretation kann hier nicht umhin, das Gesetz aus dem übrigen uns bekannten röm. Rechte zu erklären, und kann alsdann nicht anders, als folgendermaassen argumentiren:

Die actio de in rem verso directa fand nicht statt, denn man hatte mit keinem Sclaven, sondern mit einem Freien contrahirt.

Also die actio de in rem verso utilis. In welchen Fällen finden wir diese gegeben? Nach dem Obigen nur alsdann, wenn der Freie, mit dem ich contrahirt hatte, und welcher den von mir erhaltenen Gegenstand des Vertrages in eines Dritten Nutzen verwendet hatte, nicht seinerseits in dem Falle ist, eine Klage gegen eben diesen Dritten auf das in seinen Nutzen Verwendete anzustellen. Dieser Satz ist, wie gedacht, nicht nur positiv rechtlich, sondern auch rationell; denn was

der Dritte meinem Mitcontrahenten als negot. gestori oder mandatario zu gewähren hat, ist im Verhältniss zu mir nicht in den Nutzen des Dritten verwendet worden. Das Plus, was aus meinen Mitteln erwachsen, wird aufgehoben durch das Minus, welches sich in der Schuld des Dritten an meinen Mitcontrahenten darstellt.

Es fragt sich daher nur noch, ob man, auch ausser dem in l. 20. pr. und l. 21. cit. dargestellten Verhältnisse, einen Fall sich denken könne, wo der Freie, mit dem ich contrahirte, und der den Gegenstand des Contractes in des Dritten Nutzen verwendet hat, nicht selbst gegen diesen klagen konnte.

Nichts ist leichter, als ein solches Verhältniss zu erdenken.

Um bei der l. 7. C. cit. stehen zu bleiben, denke man sich A, als negot. gestor für B, borgt von C Geld, und führt damit die negot. gestio aus. A legt über die negot. gestio Rechnung an den B ab, schreibt hier in Einnahme und Ausgabe, was er von C erborgt, mit der ausdrücklichen Bemerkung, dass er es von C erborgt, es aber unter der Voraussetzung, dass B die Berichtigung unmittelbar an den C bewirken werde, nicht gefordert haben wolle. Es braucht alsdann keine ausdrückliche Ratihabition des Geschäfts von Seiten des B erfolgt zu sein, und er wird doch gegen den A vollkommen gesichert sein, wenn er, was später C von ihm fordert, diesem gegen förmliche und gehörige Quittung bezahlt. Gesetzt hingegen, A hätte bei der Rechnungsablegung das Erborgte ohne den bemerkten Zusatz in Einnahme und Ausgabe verschrieben, und demgemäss wäre die Rechnung mit B. saldirt worden. Offenbar fände alsdann im Verhältniss zu C keine versio in rem statt. Oder gesetzt, A hätte die Rechnung noch nicht abgelegt, als C gegen den B klagt. Könnte alsdann B nicht auf das Ueberzeugendste und Einleuchtendste dem Kläger folgendes Raisonnement entgegenstellen: „Du gefährdest mich, ich soll Dir zahlen, was A allerdings in meinen Nutzen verwendet hat, Du ihm aber angeblich geborgt haben willst. Wenn Du nun auch in dem Prozesse gegen mich dies erweisest, was Dir hier vielleicht nicht schwer wird, weil mir ganz unbekannt ist, in welchen Verhältnissen Du mit A gestanden haben magst, weil Du mir vielleicht einen Eid anträgst, den ich bei dieser Unbekanntschaft über alles, was zwischen Dir und A vorgefallen sein kann, schwerlich mit ganz beruhigtem Gewissen leisten dürfte, so wird mich doch das alles nicht in den Stand setzen, im Falle A — als mein gewesener negot. gestor — dieselbe Summe von mir fordert, diesem gegenüber sofort liquid machen zu können, dass er das Geld von Dir geborgt gehabt hat. Ich würde dies be-

sonders beweisen müssen, weil ein zwischen mir und Dir erwiesener Satz in dem Prozesse mit einer ganz andern Person als keine Wahrheit gelten kann. In dem Verhältnisse, in welchem, bei meiner Unkunde über das, was zwischen Dir und A vorgegangen, Dein Beweis leicht wird, in eben demselben muss mein künftiger Beweis schwer werden, und somit stehe mit Deiner mich offenbar gefährdenden Klage ab, wenn Du Dir nicht jura cessa von dem A oder doch dessen Erklärung verschaffen kannst, dass er in Hinsicht der geforderten Post keine Ansprüche an mich machen werde.

Man möchte stark bezweifeln, ob irgend ein Richter unter der Sonne diese Entgegnung anders als vollkommen begründet finden möchte.

Demnach erscheint auch nach l. 7. C. cit. die actio de in rem verso utilis zulässig nur in dem Falle, wenn derjenige, welcher das fremde Eigenthum in eines Dritten Nutzen verwendet hat, sich nicht selbst in der Lage befindet, wegen dieser Verwendung gegen eben den Dritten klagbar zu werden.

Zweitens giebt es in dem Titel de negot. gest. eine Stelle, nach welcher man die Ansicht fassen könnte, als reiche es zu Begründung einer Klage gegen einen Dritten aus, dass überhaupt Geld oder Geldeswerth aus meinem Vermögen in das Seinige übergegangen sei, gleichviel ob dieser Uebergang mittelbar oder unmittelbar, absichtlich oder unabsichtlich stattgefunden. Die Stelle ist l. 6. pr.

„Si pupilli tui negotia gessero, non mandatu tuo, sed ne tutelae judicio tenearis negot. gest. te habebo obligatum; sed et pupillum, modo si locupletior sit factus.“

Aus diesem Fragmente könnte man einen scheinbar nicht unbedeutenden Einwand gegen des Verfassers Ansicht entnehmen. Man könnte sagen: A, welcher zu dem B in Hinsicht auf die Vormundschaft, welche dieser über den unmündigen C führt, sich so gestellt hat, gegen den B negot. gest. klagen zu können, kann gegen den C, obschon er zu diesem in gar keinem Contractsverhältnisse, nicht einmal in dem eines Quasicontractes steht, dennoch klagen, insofern der Unmündige bereichert worden ist. Dasselbe aber, was B dem A, als seinem negot. gestori zu gewähren hat, kann jener tutelae judicio von dem Unmündigen fordern, weil, wie die Gesetze sagen (cfr. l. 28. cit.), „id ei abesse videtur, in quo obligatus est.“ Dieser sowohl von Seiten des A als auch des B gegen den C möglicherweise zusammentreffende Anspruch, bringt diesen in keine üblere Lage, als diejenige ist, in welcher ein Beklagter durch eine actio de in rem verso utilis nach heutigen Begriffen geräth. Eben dadurch wird aber auch

dieser Begriff gerechtfertiget, indem die Gesetze weit weniger Bedenken äussern, gegen Unmündige Klagen zu verstatten, als da, wo es darauf ankommt, klagbare Verbindlichkeiten gegen einen Unmündigen eintreten zu lassen.

Es verschwindet jedoch dieser Einwand, sobald man sich das Verhältniss in einem concreten Falle anschaulich macht. Vor allen Dingen: unter welchen Voraussetzungen könnte ein Vormund wegen verabsäumter Bereicherung seiner Pflegbefohlenen gehalten sein, obschon eines Vormundes Obliegenheiten nicht sowohl in der Bereicherung seines Pflegbefohlenen, als in Erhaltung des dem Unmündigen bereits gehörigen Vermögens bestehen? Der Fall ist denkbar. Z. B. unter einer bis zu einem bestimmten Tage zu erfüllenden Bedingung, die sich aber nicht realisiren lässt, ohne einen damit verbundenen Kostenaufwand, soll einem Unmündigen ein gewisses Vermögen zufallen.

Wenn der Vormund diese Bedingung zu erfüllen verabsäumt, kann er tutelae judicio belangt, und, wenn jemand in dieser Hinsicht seine Stelle vertritt, diesem, als seinem Geschäftsführer, negot. gest. nomine verbunden werden. Allein auch der Unmündige selbst soll nach dem vorliegenden Gesetze dem Dritten zu Erstattung jenes Aufwandes verbunden sein; und also kann dieser Dritte, A, gegen den Vormund B und den Mündel C, B aber auch gegen den C auf diejenigen Verwendungen klagen, für welche er dem A in Gemässheit der negot. gest. desselben verbindlich ist. Vergegenwärtigen wir uns aber ferner, wie nach der Art und Weise, die bei vormundschaftlichen Vermögensverwaltungen beobachtet zu werden pflegt, und im Wesentlichen ohnstreitig auch bei den Römern beobachtet worden ist, diese zusammentreffenden Ansprüche sich realisiren können, so finden wir, dass C nie in den Fall kommen kann, aus seinen Mitteln den A zu bezahlen, und dennoch wegen desselben Anspruches durch eine mögliche Forderung des B irgend gefährdet zu sein.

Um sich dies zu verdeutlichen, muss man wieder unterscheiden, ob A gegen den C

1) noch während der Unmündigkeit, oder
2) nach eingetretener Altersmündigkeit klagt.

Im ersteren Falle unterscheidet sich die Klage gegen den C von der Klage gegen den B nur durch die Modification des Klaggesuchs. Denn die Klage gegen den C wird ebenfalls gegen den B, jedoch nur auf Zahlung aus dem Vermögen des C, gerichtet, während dieser Zusatz bei der Klage gegen den B hinwegbleibt.

Wenn nun B, bevor der C belangt wird, in einer bereits abgelegten Vormundschaftsrechnung den Gegenstand der Ver-

wendung dem C zur Last geschrieben hat, dann aber dasselbe aus den Mitteln des C zu bezahlen verklagt wird, so wird die spätere Rechnung, wenn er in dieser das Verausgabte nochmals in Ausgabe schreiben wollte, sofort, dafern nur irgend über ordnungsmässige Rechnungsablegung gehalten wird, den widerrechtlichen zwiefachen Ansatz gleich bemerkbar machen. Dies wird noch mehr der Fall sein, wenn C früher belangt und aus seinem Vermögen bezahlt worden wäre, als der Vormund in Anspruch genommen ward oder in Rechnung verschrieben hat, was er dem A schuldig wurde. Denn eine bereits getilgte Schuld kann nur vermittelst eines Falsi als ein schwebendes Passivum passirlich in Ausgabe verschrieben werden.

In dem andern der oben benannten Fälle hat B die Schlussrechnung entweder schon abgelegt oder nicht. Hat er sie schon abgelegt und darin die in Frage gestellte Verwendung nicht mit aufgeführt, so ist der Anspruch des B beseitiget, und C durch eine Klage des A in keiner Art gefährdet.

Ist aber die Schlussrechnung noch nicht abgelegt, so kann auch C zur Zahlung nur dann angehalten werden, wenn die versio in rem liquid, d. h. wenn liquid ist, dass in der angegebenen Beziehung keine Verbindlichkeit gegen den gewesenen Vormund bestehe. Da nun aber in einem Prozesse des A und C, so wie in einem jeden Prozesse, nur jus inter partes, nicht aber über die Forderung des B irgend etwas festgestellt werden kann, so wird vor abgelegter Schlussrechnung A gegen den C nur dann wirksamerweise klagen, wenn er von dem B jura cessa oder sonst eine Verzichtleistung beibringt. Sonst kann der gewesene Unmündige sagen: die Verwendung, durch die ich bereichert worden bin, ist im Verhältniss meiner zu Dir nicht in meinen Nutzen verwendet. B ist Dir schuldig geworden; darum bin ich ihm auch eben so hoch verpflichtet, und also „abest mihi, in quo ei obligatus sum.“ Wenn ich an Dich zahle, bin ich noch keineswegs so unfehlbar gegen ihn befreit. Denn, wenn es auch wirklich wahr sein sollte, dass Du für ihn eingetreten, so weiss ich doch noch nicht, ob er dies als erwiesene Wahrheit anerkennen wird, und ob ich, was Du vielleicht gegen mich beweisen wirst, gegen ihn beweisen dürfte, nicht zu gedenken, dass Deiner unmittelbaren Forderung an den Vormund sich Ausflüchte entgegenstellen könnten, wie z. B. Compensation, um deren Wirkungen B augenscheinlich gebracht werden würde, wenn er meine Zahlung an Dich als einen Weg anerkennen müsste, mich von der Verbindlichkeit gegen ihn zu befreien.

Ganz die nämlichen Bemerkungen gelten auch in Hinsicht auf die in l. 3. C. (V. 39.) „quando ex facto tutoris etc.“ enthaltene Bestimmung, in welcher die blosse versio in rem,

abgesehen davon, ob sich dieselbe als ein Bereicherung der Pupillen ansehen lasse, eine Klage desjenigen begründet, welcher dem Vormunde Geld vorgeschossen hat.

„Si in rem minoris pecunia profecta sit, quae curatori vel tutori ejus nomine minoris mutuo data est, merito personalis in eundem minorem actio danda est.“

Eben so ist l. 27. ff. de R. C. (VI. 1.) zu beurtheilen:

„Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniae versae sunt; alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.“

Nach diesen Erörterungen kann auch, um zu unserm Titel zurückzukehren, l. 20. §. 1. nicht als Einwand gegen die von dem Verfasser aufgestellte Theorie gebraucht werden.

„Servus absentis reipublicae causa pupilli servis pecuniam credidit, subscribente tutore, stipulatione in personam tutoris translata; quaesitum est: an adversus pupillum competat actio? Respondi: si, quum in rem pupilli daretur, id in rem ejus versum est, et quo magis actus servorum confirmaretur, tutor spopondit, posse nihilominus dici, de in rem verso cum pupillo actionem fore.“

§. 6.

Zu dem Satze unter Num. 3.

Der Satz unter Num 3. mag ziemlich räthselhaft scheinen. Denn wie, kann man fragen, soll ein negot. gestor einen und denselben Betrag zwei Gläubigern schuldig werden?

l. 3. §. 10. enthält die sehr einfache Lösung.

„Si mutuatus sit pecuniam servus ad vestem comparandam, et nummi perierint, quis de in rem verso agere possit, utrum creditor, an venditor? Puto autem, si quidem pretium numeratum sit, creditorem de in rem verso acturum, etsi vestis perierit; si autem non fuit pretium solutum, ad hoc tamen data pecunia, ut vestis emeretur, et pecunia perierit, vestis tamen familiae divisa est, utique creditorem de in rem verso habere actionem. An et venditor habeat? quia res ejus pervenerunt in rem domini. Ratio hoc facit, ut teneatur, unde incipit dominus teneri ex una causa duobus; proinde etsi tam pecunia, quam vestis periit, dicendum erit, utrique dominum teneri, quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt.“

Ein Sclave hatte Geld aufgenommen, um der Familie des Herrn nöthige Kleidungsstücke zu kaufen. Das Geld war verloren gegangen, und also nicht zu Befriedigung des Verkäu-

fers angewendet worden. Der Verkäufer hatte actionem de in rem verso. Denn jeder erkaufende negotiorum gestor würde berechtigt sein, von dem Abwesenden die Erstattung des Kaufpreises zu verlangen. Aber auch der Darleiher hatte actionem de in rem verso. Denn jeder borgende negot. gestor würde berechtigt sein, von dem Abwesenden die Erstattung des Erborgten zu verlangen. Und ob das erborgte Geld, ob das Erkaufte verloren gegangen, nachdem einmal die act. negot. gest. begründet war, ist etwas in Beziehung auf die nurgedachte Klage Gleichgültiges. Dass nach l. 4.

„Sed dicendum est, occupantis meliorem conditionem esse debere; nam utrisque condemnari dominum de in rem verso, iniquum est."

bei einer solchen Collision von Klagen die Prävention stattfindet, ist kein der Aequität wegen willkührlich ergriffenes Durchschneiden der Schwierigkeit; denn der negot. gestor selbst könnte nur den einfachen Werth des dem Abwesenden Erhaltenen oder Gewonnenen fordern, und gegen den später als der Verkäufer klagenden Gläubiger und umgekehrt liegt liquid vor, dass wenn beide Klagen stattfänden, die Verurtheilung zu zweimaliger Zahlung ein und desselben Betrages gesucht werde. So spricht l. 18. ganz allgemein den Grundsatz aus: „unius duntaxat in quoquo contractu de in rem verso sit actio." Der Zusammenhang, in dem dies ausgesprochen wird, bedarf einer Erläuterung.

M. vgl. l. cit.

„Quamvis in eam rem pro servo meo fidejusseris, quae ita contracta est, ut in rem meam verteretur, veluti si, quum servus frumentum emisset, quo familia aleretur, venditori frumenti fidejusseris, propius est tamen, ut de peculio eo nomine, non de in rem verso agere possis, ut unius duntaxat in quoquo contractu de in rem verso sit actio, qui id ipsum credidit, quod in rem domini versum est."

Ein Sclave hatte zu Ernährung der Familie des Herrn nöthiges Getreide gekauft und dem Verkäufer einen Bürgen gestellt. Damit aber nur ein einziger in Beziehung auf den Kauf actionem de in rem verso habe, soll nicht der Bürge, sondern nur der Verkäufer die Klage de in rem verso, der Bürge nur die actionem de peculio haben. Warum nicht, wie in l. 3. §. 10. die concurrirende Klage de in rem verso? Der Fall ist verschieden von dem in l. 3. §. 10. Hätte der Bürge gezahlt, erst dann wäre er creditor in Folge dem Verkäufer geleisteter Zahlung, und erst dann hätte er actionem de in rem verso, und könnte dem Verkäufer prävenirend ein Klagerecht gegen den Hausherrn haben.

§. 7.

Allgemeine Bemerkung zu den Sätzen unter Num. 1. 2. u. 3.

Ein Mehreres über die von Andern *) sehr umfänglich, vielleicht aber eben um deswillen nicht treffend richtig behandelte Lehre von der versio in rem, war nicht zu sagen. Denn da des Klägers Recht sich genau danach bemisst, ob derjenige, durch dessen Hand aus des Klägers Vermögen etwas in das eines Dritten übergegangen ist, die identische Forderung mittelst der actionis mandati oder negot. gest. erheben könnte, wenn nicht aus Rücksichten auf patria potestas oder in Folge besonderer rein factischer Umstände eine wie die andere Klage ausgeschlossen wäre, so braucht über die versio in eines Andern Vermögen nichts hinzugesetzt zu werden, nachdem bereits das Mandat und die negot. gestio den Quellen gemäss sind behandelt worden.

Zwar giebt es, sobald wir den Ausdruck versio in rem nicht in dem kunst-terminologischen des röm. Rechtes, sondern in dem populären von Verwendung in eines Andern Nutzen verstehen, noch eine unübersehbare Menge von Fällen, in denen eine versio in rem stattfindet. Allein darauf einzugehn, war kein Grund vorhanden. Denn wenn wir von den in Vorstehendem erörterten Falle absehen, wo etwas durch eine Mittelsperson in Eines Vermögen ist verwendet worden, bleibt für die Verwendung in eines Andern Nutzen nur die Möglichkeit übrig, dass sie in Folge eines Verhältnisses erfolgt, das rein zwischen dem Kläger und dem Verklagten abgeschlossen blieb. Ist dies ein vertragsmässiges, so findet es bei den einzelnen Verträgen seine Erörterung, wie dies z. B. in dem Satze unter Num. 9. S. 290. geschehen ist, oder es ist kein vertragsmässiges, und alsdann beruht die versio in rem entweder auf einer Handlung des in eines Andern Nutzen Verwendenden und sie fällt, wenn sie sich nicht unter die Schenkungen subsummiren lässt, mit der negot. gestio zusammen **),

*) Hierhin gehört eine sehr verdienstliche Abhandlung in *Sells Versuchen im Gebiete des Civilrechtes, Giessen* 1833. *Num.* 1. *Ueber den Grundsatz des röm. Rechtes, dass Niemand mit oder aus dem Schaden eines Andern sich bereichern dürfe.*

**) M. vgl. z. B. l. 39. de negot. gestis.

„Solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum; quod autem alicui debetur, alius sine voluntate ejus non potest jure exigere. Naturalis enim, simul et civilis ratio suadet, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse.“

Der hier bemerkte Fall brauchte nicht bei der negot. gestio besonders in

oder sie beruht auf einer einseitigen Handlung desjenigen, in dessen Nutzen sich etwas verwendet findet, und ist alsdann zu beurtheilen nach den für einseitige befugte oder unbefugte Handlungen bestehenden Normen. Demnach gehört die in l. 3. §. 4. de negot. enthaltene Bemerkung, dass auch ein Pupill als negot. gestor zu soviel verbindlich werden könne, als um wieviel er bereichert worden, nicht in die Lehre de in rem verso, sondern in die Lehre von einseitigen, insonderheit von Unmündigen unternommenen Handlungen.

§. 8.

Erläuterung derjenigen Stellen, in welchen zur Anstellung der actionis de in rem verso nicht geeignete Fälle angegeben werden.

Wenn des Verfassers Ansicht von dem Wesen der actionis de in rem verso richtig ist, so muss sie noch überdies eine ausgezeichnete Bestätigung erhalten, sobald sich nachweisen lässt, dass in allen denjenigen Fällen, wo die versio in rem nicht angenommen wird, unter Umständen geschieht dies, wo die Voraussetzung hinwegfällt, dass der Sclave oder filiusfamilias actionem mandati oder negot. gest. hätte, wenn er in Verhältniss zu dem Hausherrn selbstständig wäre, und dass, wenn gedachte Voraussetzung hinwegfällt, die actio de in rem verso ebenfalls hinwegfällt, völlig abgesehen davon, ob nicht durch einen Haussohn oder Sclaven aus eines Andern Vermögen demjenigen des Hausherrn ein Zuwachs entstanden ist.

Höchst interessant in dieser Beziehung sind l. 5. §. 3. l. 6. l. 7. pr.

Was des Sclaven peculium vermehrt, ohne sich aus den Mitteln des Herrn herzuschreiben, das bereichert sofort den

Obacht genommen zu werden; denn die in dem Satze unter 1. S. 349. enthaltenen Kennzeichen begreifen auch den Fall, wo Jemand eines Dritten Schulden bezahlt, obschon eben dieser Dritte nicht in die Zahlung gewilligt hat. Uebrigens kann man die Stelle nicht als Einwand gegen die von dem Verfasser aufgestellte Theorie benutzen, und sagen, dass ja in einem solchen Falle neben der Klage des Zahlenden immer noch eine Klage des bezahlten Gläubigers möglich sei. Denn ersterer kann ja nur klagen, weil er den Dritten befreit hat — liberat eum —. Daher liegt es in einem solchen Falle in dem Klagegrund anzuführen und beizubringen, dass die Liberation vollständig, materiell und formell erfolgt sei; was in der Regel nur durch eine auf weitere Ansprüche verzichtende Erklärung des abgefundenen Gläubigers, wie solche sich auch in der Cession der Klage ausspricht, liquiderweise kann bewirkt werden.

Herrn. Denn ihm gehört das peculium des Sclaven, das er in jedem Augenblicke nehmen kann. Allein bloss dadurch, dass etwas in des Sclaven peculium übergegangen, wird die actio de in rem verso so wenig begründet, dass es vielmehr Tryphonius für einen augenfälligen Irrthum erklärt, bloss um deswillen sich die gedachte Klage als möglich zu denken.

M. vgl. l. 6.

„Nam si hoc verum esset, etiam ante, quam venderet rem peculiarem, de in rem verso teneretur, quia hoc ipso, quod servus rem in peculio haberet, locupletior fieret; quod aperte falsum est."

und mit dieser Stelle wird erklärt, was in l. 5. §. ult. vorhergeht.

„Placet, non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. Hoc autem toties verum est, quoties servus rem domini gerens, locupletiorem eum facit nummis peculiaribus; alioquin si servo peculium dominus adimat, vel si vendat eum cum peculio, vel rem ejus peculiarem, et pretium exigat, non videtur in rem versum."

Hier steht Folgendes: Es ist nicht nöthig, dass der Sclave, was er aus eines Andern Mitteln erhalten, unmittelbar in des Herrn, von seinem, des Sclaven, Peculiarvermögen gesonderte Güter übertrage, damit die Klage de in rem verso begründet werde. Sie wird begründet, auch wenn das Empfangene erst zu dem peculio gezogen worden, und dann in des Herrn besonderes Vermögen übergegangen ist, vorausgesetzt jedoch, dass dies nicht ohne des Sclaven Zuthun geschieht, wie es z. B. geschähe, wenn der Herr ihm das peculium wegnähme, oder ihn mit dem peculium oder auch das peculium allein verkaufte. Die versio muss in Folge des Sclaven eigner Handlung, durch ein factum geschehen, vermittelst dessen er sich, wenn er ein Freier wäre, einem negot. gest. des Herrn gleichstellen würde. („Hoc autem toties verum est, quoties servus rem domini gerens, locupletiorem eum facit nummis peculiaribus.")

Dass der Sclave sich wie ein negot. gestor darstelle, dies ist so unerlässlich, dass die actio de in rem verso nicht stattfindet, wenn der Sclave einen aus fremden Mitteln ihm gewordenen Bestandtheil des Peculiarvermögens dem Herrn schenkt.

M. vgl. l. 7. pr.

„Et ideo et si donaverit servus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessabit. Et sunt ista vera."

Da, wie bekannt, und auch schon erwähnt, das peculium dem Herrn gehört, so ist es, abstrahirt von der juristischen Bedeutung des Wortes, eine versio in rem, wenn der Sclave Geld borgt, um damit Peculiarschulden zu berichtigen. Dem-

ohngeachtet ist in einem solchen Falle actio de in rem verso so wenig begründet, als sie gegen mich begründet wird, wenn irgend Jemand, der weder in persönlicher, noch in Geschäftsbeziehung zu mir steht, in seinen eignen Angelegenheiten Geld borgt.

M. vgl. l. 11.

„Quod servus in hoc mutuatus fuerit, ut creditori suo solveret, non erit in rem versum, quamvis actione de peculio liberatus sit dominus."

Wie ferner der Mandatarius, wie der negot. gestor, der für einen Abwesenden etwas erkauft hat, nur insoweit actionem mandati oder negot. gest. hat, als er nicht unangemessen theuer gekauft, eben so hat der Verkäufer, von dem der Sclave oder filius-familias einen in des Hausherrn Vermögen übergetragenen Gegenstand erkauft hat, die actionem de in rem verso nicht zu dem Betrage, um welchen der Kaufpreis den Werth des Gegenstandes übersteigt.

M. vgl. l. 12.

„Si fundum patri dominove emit servus vel filius-familias, versum quidem esse videtur, ita tamen, ut, sive minoris sit, quam est emtus, tantum videatur in rem versum, quanti dignus sit, sive pluris sit, non plus videatur in rem versum, quam emtus est."

Kein besonderes Interesse bieten folgende Stellen.

„l. 2. Qui nummis acceptis servum manumisit, agi cum eo de in rem verso non potest, quia dando libertatem, locupletior ex nummis non fit."

„l. 3. §. 9. Sed si sic accepit, quasi in rem domini verteret, nec vertit, et decepit creditorem, non videtur versum, nec tenetur dominus, ne credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas servi noceret. Quid tamen, si is fuit servus, qui solitus erat accipiens vertere? Adhuc non puto nocere domino, si alia mente servus accepit, aut si, quum hac mente accepisset, postea alio vertit; curiosus igitur debet esse creditor, quo vertatur."

„l. 7. §. 2. Illud verum non est, quod Mela scribit: si servo meo argentum dederis, ut pocula tibi faceret ex quolibet argento, mox factis poculis servus decesserit, esse tibi adversus me de in rem verso actionem, quoniam possum pocula vindicare."

In einem solchen Falle ist gar nichts in das Vermögen des Herrn übergegangen. Denn offenbar lässt sich nicht als ein Bestandtheil meines Vermögens ansehen, was ich herausgeben muss, sobald deshalb eine Vindicationsklage angestellt wird.

l. 10. §. 10. behandelt die Frage: ob ein Geschäft, in

dem sich zunächst keine versio in rem ausspricht, durch hinzugekommene Umstände dazu werden könne.

„Idem tractat: an ex eventu possit in rem patris filius vertere? veluti si duo rei pater et filius fuerint, et filius mutuatus suo nomine solvat, vel si filio jussu patris credideris, et filius creditum tibi solvisset. Mihi videtur, si quidem pecunia ad patrem pervenerat, videri in rem versum; quod si non fuit, et suum negotium gerens filius solvit, non esse de in rem verso actionem.“

Dass man jene Frage nicht anders als bejahen könne, leidet nach dem Vorhergegangenen keinen Zweifel. Denn es ist keine versio in rem, wenn der Sclave zu seinem peculio Getreide kauft, und es wird versio in rem, wenn er alsdann das erkaufte Getreide zu Beköstigung der Familie des Herrn verwendet.

§. 9.

In dem Vorhergegangenen noch nicht citirte Stellen.

l. 1., ihrer Stellung am Eingange des Titels nach, bestimmt, die allgemeinsten Wahrheiten über unsre Klage auszusprechen, mochte in dieser Beziehung für den, mit den hierbei in Frage kommenden Rechtsansichten schon vertrauteren Römer befriedigender sein als für uns, denen es erst durch die übrige in dem Titel enthaltene Casuistik anschaulich werden muss, wie die röm. Jurisprudenz, was bloss in des Sclaven peculium übergegangen war, nicht schon um deswillen für verwendet in des Herrn Vermögen ansah, obschon derselbe, wie über den Sclaven selbst, so auch über dessen peculium die freieste Disposition hat. Die wenigen Bemerkungen, wozu die Stelle auffordert, fügen wir unmittelbar deren einzelnen Abtheilungen bei.

„l. 1. pr. Si hi, qui in potestate aliena sunt, nihil in peculio habent, vel habeant, in solitum tamen tenentur, qui eos habent in potestate, si in rem eorum, quod acceptum est, conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur.“

Die Worte: „nihil in peculio habent vel habeant“, Worte, deren Fassung ebensowenig empfehlenswerth sind, als man andere Lesarten der Stelle vorziehn kann, scheinen sich auf die Möglichkeit zu beziehen, dass man sich mit einem Sclaven eingelassen, der entweder zur Zeit des mit ihm eingegangenen Geschäftes oder zur Zeit der de peculio angestellten Klage ein solches nicht mehr hatte. Dass, wenn die versio in rem nur zum Theil erfolgt ist, auch in diesem Theile die Klage stattfindet, diese Bemerkung, wenn sie überhaupt gemacht

werden sollte, wäre besser mit l. 1. pr. verbunden worden, als dass man sie, obschon ebenfalls aus Ulpian Lb. XXIX. ad edict. entnommen, weiterhin in l. 10. §. 4. liest. *)

„§. 1. Nec videtur frustra de in rem verso actio promissa, quasi sufficeret de peculio. Rectissime enim Labeo dicit: fieri posse, ut et in rem versum sit, et cesset de peculio actio. Quid enim, si dominus peculium ademit sine dolo malo? Quid, si morte servi exstinctum est peculium, et annus utilis praeteriit? de in rem verso namque actio perpetua est, et locum habet, sive ademit sine dolo malo, sive actio de peculio anno finita est."

Soweit die Stelle sich über die Verjährung der darin bemerkten Klagen äussert, ist sie in einem andern Zusammenhange anderweit zu erwähnen. Zu den Worten: „sive ademit sine dolo malo" giebt l. 10. §. 6. cit. in den Worten: „Si tamen in necem creditoris etc." einen erläuternden Gegensatz.

„§. 2. Item si plures agant de peculio, proficere hoc ei, cujus pecunia in rem versa est, debet, ut ipse uberiorem actionem habeat."

Denn derjenige, der nicht de peculio, sondern de in rem verso klagte, konnte nicht von der Insufficienz des peculii oder den ihm daran vorhergehenden Forderungen des Herrn beeinträchtigt werden. Schwieriger sind die folgenden Worte:

„Certe si praeventum sit ab aliquo, et actum de peculio, de in rem verso actio an cesset? videndum, Et refert Pomponius: Julianum existimare, de peculio actione perimi de in rem verso actionem, quia in peculium conversum esset, quod in domini rem erat versum, et pro servo solutum esset, quemadmodum si ipsi servo a domino fuisset solutum. Sed ita demum, si praestiterit ex actione de peculio dominus, quod servus in rem ejus verterat; ceterum si non praestiterit, manet actio de in rem verso."

Das praeventum deutet keine Prävention zwischen verschiedenen Klägern, sondern den Fall an, wo ein und derselbe Kläger erst act. de peculio und dann act. de in rem verso anstellt. Der Grund, warum gezweifelt wurde, ob erstere Klage nicht die letztere ausschliesse, beruhte darin, dass wenn der Herr an den Sclaven selbst zurückgezahlt hätte, was, wäre letzterer kein Sclave, sondern ein Freier, dieser als Mandatarius oder negot. gestor von dem Herrn hätte fordern können, die versio in rem aufgehoben gewesen wäre. Ob ich nun aber an einen Peculiarinhaber, als meinen Gläubiger, oder an den Gläubiger ebendieses meines Gläubigers zahle, und dadurch die Peculiarschuld des Letztern tilge, das ist gleichviel;

*) „In rem autem versum videtur, prout aliquid versum est; proinde si pars versa est, de parte erit actio."

eins wie das andere tilgt meine Schuld. Darum bleibt, wie dies die angezogene Stelle ausspricht, nach der actio de peculio, für die als Executionsobject (nach heutigem Ausdrucke) nur das peculium diente, die actio de in rem verso nur noch zu dem Betrage übrig, der an des Gläubigers voller Befriedigung fehlte. Denn indem der Herr für Rechnung des Klägers in des Sclaven peculium griff, hatte er noch nicht getilgt, was er als des Sclaven Schuldner zu dessen peculium zurückzuzahlen naturaliter gehalten war.

„l. 7. §. 4. Idem ait: etsi hereditatem a servo tuo emero, quae ad te pertinebat, et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, ex emto actione me id ipsum consecuturum; videri enim in rem tuam versum; nam etsi hereditatem a servo emero, ut, quod mihi ab ipso servo debebatur, compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me ex emto, quod ad dominum pervenit. Ego autem non puto de in rem verso esse actionem emtori, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret.“

Das Fragment ist interessant in Beziehung auf den römischen Klagformalismus. Wir sehen, wie zufolge eines mit einem Sclaven geschlossenen Kaufes gegen den Herrn e x e m t o actio de in rem verso angestellt werden konnte. Cujacius in den Paratit. zu dem vorliegenden Titel (*Tom. I. col.* 768. *Ed. Neapolit.* 1722.) erläutert dies eben so kurz als einleuchtend.

„Igitur actio de peculio adjectio est earum actionum, quae ex diversis contractibus cum servo, vel filio-familias habitis oriuntur, veluti empti de peculio depositi, mandati, commodati de peculio, si servus emerit, si servo quid commodatum sit, aut penes eum depositum, vel mandatum acceperit, et ita de aliis. Actio autem de in rem verso est adjectio ipsius adjectionis, quia ex quacumque causa agatur de peculio, ratio ejus habebitur, quod in rem domini, vel patris servus, vel filius-familias verterit.“

M. vgl. §. 4. I. „Quod cum eo etc.“ (IV. 7.) *)

*) „Praeterea introducta est actio de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, ut, quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen, sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum praestare debeat, sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus praestare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quicquid necessario in rem ejus impenderit servus; veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus eam solverit, aut aedificia ruentia fulserit, aut familiae frumentum emerit, vel etiam fundum, aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque si ex decem, utputa, aureis, quos servus tuus a Titio mutuos accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes, pro ceteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi

Im Uebrigen ist die Stelle nicht von Schwierigkeiten frei.

Dass auch ein fremder Sclave zum Erben eingesetzt, und die Erbschaft, wenn er sie jussu domini angetreten hatte, als Peculiarvermögen seiner Disposition überlassen werden, auch diese Disposition factisch eben so frei sein konnte, als die eines freien Erben, ist bekannt.

Nun kaufte ich von einem Sclaven eine Erbschaft, in der Meinung, er könnte darüber verfügen. Allein die Erbschaft gehörte nicht zu seinem peculio „pertinebat ad dominum" und an diesen muss ich die Erbschaft herausgeben. Derjenige Verlust, den ich in einem solchen Falle erlitt, indem ich baar bezahlt hatte, ohne das Bezahlte rechtsbeständigerweise erworben zu haben, kommt in der Stelle nicht in Betracht, sondern nur derjenige Verlust, den ich erlitten, entweder

a) indem ich Passiven der Erbschaft getilgt, oder

b) indem ich den Kaufpreis zwar nicht baar bezahlt, wohl aber, was der verkaufende Sclave mir schon früher war schuldig geworden, demselben in Compensation des Kaufpreises abgeschrieben hatte. Nach Labeo's Meinung hatte ich in beiden Fällen actionem de in rem verso, unbedingt in dem Falle unter a), nur bedingt in dem Falle unter b), dafern, was der Sclave mir schuldig geworden war, und ich demselben an Zahlungsstatt inne gelassen hatte, sich in des Herrn Güter verwendet fand. Indem Ulpian dies verneint, oder doch nicht in solcher Allgemeinheit zugesteht, bestätigt er zugleich des Verfassers Ansicht, nach welcher zur actio de in rem verso es noch keineswegs ausreicht, dass mein Geld in den Nutzen eines Dritten verwendet worden, und indem Ulpian noch ausserdem hinzusetzt: „nisi hoc animo gesserit servus ut in rem domini verteret", giebt er zugleich eine weitere Bestätigung dafür, dass der Sclave, durch dessen factum die Klage begründet werden soll, sich als negotiorum gestor darstellen müsse. Was aber der Verfasser sich nicht zu enträthseln vermag, das ist das: wie Jemand, er sei Sclave oder Freier, eine mir angefallene Erbschaft als negot. gestor verkaufen, wie in einem solchen Falle die negot. gestio anders

posse. Licet enim una est actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit? nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem domini versum esse intelligatur, aut non totum. Cum autem quaeritur, quantum in peculio sit? ante deducitur, quicquid servus domino, eive qui in potestate ejus sit, debet, et quod superest, id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id, quod ei debet servus, qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio; veluti si is in hujus ipsius peculio sit, quod eo pertinet, ut, si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur."

als durch hinzukommende Ratihabition Platz ergreifen könne, während an eine Ratihabition offenbar nicht zu denken ist, wenn der Erbe die verkaufte Erbschaft von dem Käufer zurückfordert.

l. 13. enthält eine einfach verständliche, keiner Erläuterung bedürfende Wahrheit.

„Si in rem alterius ex dominis versum sit, utrum is solus, in cujus rem versum est, an et socius possit conveniri? quaeritur. Et Julianus scribit: eum solum conveniri, in cujus rem versum est, sicuti cum solus jussit; quam sententiam puto veram.“

l. 14. giebt dazu einen Ausnahmefall.

„Marcellus notat: interdum et propter hoc, quod in rem alterius socii versum est, de in rem verso cum altero agi potest; qui conventus, a socio petere potest id, in quod damnatus fuerit. Quid enim dicemus, si peculium servo ab altero ademtum fuerit? Paulus: ergo haec quaestio ita procedit, si de peculio agi non potest.“

Es wird diese Ausnahme bei l. 82. pr. socio (17. 2.) erörtert werden. Sie beruht auf Voraussetzungen, die einzig und allein von der Sclaverei bedingt sind, indem ein filiusfamilias nicht unter zweier Personen väterlicher Gewalt stehen kann, und ist also hier von keinem practischen Interesse.

„l. 15. Si filius-familias constituerit, quod pater debuit, videndum est, an de in rem verso actio dari debeat? Atquin non liberavit patrem; nam qui constituit, se quidem obligat, patrem vero non liberat. Plane si solvat post constitutum, licet pro se videatur solvisse, hoc est ob id, quod constituit, in rem tamen vertisse patris merito dicetur.“

Wenn der Sohn für den Vater constituirt hat, so ist von ihm noch nichts und also auch noch nichts aus den Mitteln eines Dritten für den Vater gezahlt worden, und darum Niemand in der Lage, de in rem verso klagen zu können.

„l. 16. Quidam fundum colendum servo suo locaverat, et boves ei dederat; quum hi boves non essent idonei, jusserat eos venire, et his nummis, qui recepti essent, alios comparari; servus boves vendiderat, alios redemerat, nummos venditori non solverat, postea conturbaverat; qui boves vendiderat, nummos a domino petebat actione de peculio, aut quod in rem rem domini versum esset, quum boves, pro quibus pecunia peteretur, penes dominum essent. Respondit: non videri peculii quicquam esse, nisi si quid deducto eo, quod servus domino debuisset, reliquum fieret; illud sibi videri, boves quidem in rem domini versos esse, sed pro ea re solvisse tantum, quanti priores boves venissent; si quid amplioris pecuniae posteriores boves essent, ejus oportere dominum condemnari.“

Die Stelle beruht auf der einfachen Ansicht, dass, wenn der Sclave einen in des Herrn Güter verwendeten Gegenstand auf Credit gekauft und unbezahlt gelassen hat, obschon er von dem Herrn mit den nöthigen baaren Mitteln war versehen worden, der Verkäufer nicht de in rem verso klagen kann. Dies sehr begreiflicher Weise. Denn die obligatio naturalis gegen den Sclaven, die Bedingung der actio de in rem verso, ist getilgt. Z.B. um bei dem Falle in l. c. stehn zu bleiben: der Herr hat dem Sclaven ein Joch Ochsen anvertraut, und befiehlt ihm, dasselbe zu verkaufen und für den Erlös ein Paar andere Ochsen anzuschaffen. Der Sclave aber verthut den Erlös und kauft ein Paar neue Ochsen auf Credit. Eben so begreiflich ist es, dass theilweise die actio de in rem verso in einem solchen Falle stattfindet, wenn der Sclave für den Herrn einen werthvolleren Gegenstand auf Credit erkauft, als anzuschaffen ihm der Herr die Mittel angewiesen hatte. Dieser Mehrbetrag bleibt alsdann ein Object für die Klage de in rem verso.

„l. 19. Filius-familias togam emit; mortuo deinde eo, pater ignorans, et putans suam esse, dedicavit eam in funus ejus. Neratius libro secundo Responsorum ait: in rem patris versum videri; in actione autem de peculio, quod in rerum natura non esset, uno modo aestimari debere, si dolo malo ejus, quocum ageretur, factum esset. Atquin si filio pater togam emere debuit, in rem patris versa est, non nunc, quo funerabatur, sed quo tempore emit; funus enim filii aes alienum patris est. Et hic Neratius quoque, qui de in rem verso patrem teneri putavit, ostendit, negotium hoc, id est sepulturam et funus filii, patris esse aes alienum, non filii. Factus est ergo debitor peculii, quamvis res non exstet, ut etiam de peculio possit conveniri; in quam actionem venit, et quod in rem versum est; quae tamen adjectio tunc necessaria est, quum annus post mortem filii excessit."

Der Fall („filius-familias dedicavit eam in funus ejus") ist sehr einfach. Der Sohn hatte sich eine Toga gekauft, aber — wie wir aus dem Folgenden sehen — nicht bezahlt. Ohne zu wissen, woher die Toga rühre, giebt sie der Vater dem Sohne, als dieser gestorben, nach unsrer Art zu sprechen, mit in das Grab.

Neratius („Neratius libro factum esset") fand sich veranlasst, darüber zweierlei zu bemerken:

1) auf solche Weise sei eine versio in rem bewirkt worden. Diese Ansicht war conform dem Grundsatze, dass negot. gestio auch in dem hinterlassenen Vermögen eines Verstorbenen möglich sei, und als negot. gestio eben sowohl eine unberufene, als eine unverbundene Einmischung in fremdes Vermögen gelte. Und gewonnen hatte der Vater, indem er Beerdigungsaufwand mit einem dem Verkäufer nicht bezahlten Gegenstande bestrit-

ten. Demnach fällt die actio negot. gestor nur um deswillen hinweg, weil kein Erbe da ist, der sie anstellen kann, und der Verkäufer hat actionem de in rem verso.

2) Eine actio de peculio findet nicht statt. Dies ist richtig, insofern die verwendete Toga als peculium angesehen werden soll, und actio de peculio des nicht vorhandenen peculii ungeachtet, nur in den Fällen möglich ist, wo der Beklagte das Dasein eines peculii arglistigerweise aufgehoben hat.

Paulus macht gegen eine wie die andere Ansicht des Neratius Ausstellungen. („Atquin aes alienum non filii.")

Allerdings, und wie Neratius selbst bemerkt hatte, hat der Vater des Sohnes Beerdigung aus eignen Mitteln zu bestreiten und mit Verwendung der toga in funus filii ist also eine versio in rem erfolgt. Allein — den Satz unter 1. anlangend — so kann die versio in rem schon früher erfolgt sein, wenn der Sohn benöthigt der Toga war, und also nur auf Credit aufgenommen hat, was der Vater ihm hätte kaufen sollen. Demnach kann („factus est ergo non exstet") nicht erst die anderweite Verwendung die actionem de in rem verso begründen.

Was bewirkt aber alsdann die zweite Verwendung? Sie bewirkt, dass der Vater, der die Toga aus dem peculio genommen, debitor peculii wird, und dessen Betrag sich um den Werth der Toga erhöht, nach l. 7. §. 3. de peculio (15. 1.)

„Sed et id quod dominus sibi (servo) debet, in peculium habebit;"

und des Neratius Ansicht, dass keine actio de peculio stattfinde, ist irrig.

Nach dem, was zu l. 7. §. 4. gesagt worden, bedürfen die Schlussworte der Stelle keiner besondern Erläuterung.

„l. 17. §. 1. Cum Sticho vicario servi tui Pamphili contraxi; actio de peculio et in rem verso ita dari debet, ut, quod vel in tuam ipsius rem, vel in peculium Pamphili versum sit, comprehendatur, scilicet etiamsi mortuo vel alienato Sticho agatur; quodsi Pamphilo mortuo agam, magis est, ut, quamvis Stichus vivat, tamen de eo, quod in peculio Pamphili versum est, non nisi intra annum, quam is decessit, actio dari debeat; etenim quodammodo de peculio Pamphili tum experiri videbor, sicuti, si quid jussu ejus credidissem, experirer. Nec nos movere debet, quod Stichus, de cujus peculio agitur, vivat, quando non aliter ea res in peculio ejus esse potest, quam si Pamphili peculium maneat. Eadem ratio efficiet, ut id, quod in peculium Pamphili versum sit, ita praestari debere dicamus, ut prius ejus, quod tibi Pamphilus debuerit, deductio fiat; quod vero in tuam rem versum fuerit, praestetur, etiam non deducto eo, quod Pamphilus tibi debet."

Diese Stelle übergehen wir. Sie hängt mit der im Titel de peculio (m. vgl. l. 7. §. 4. l. 17. tit. c. (15. 1.) behan-

delten Frage zusammen, inwiefern das Peculium eines Sclaven, der andre Sclaven im peculio hat, mit ebendieser Sclaven peculien eine einzige, oder eine von der letztern zu sondernde Vermögensmasse bildet. Die Behandlung dieser Frage ist für heutige Rechtsverhältnisse nicht einmal in analogen Beziehungen von Interesse, und um für die Erläuterung des Fragmentes die Gewähr ihrer Richtigkeit zu geben, müsste der Titel de peculio vollständig behandelt werden. Warum man geglaubt, dies unterlassen zu dürfen, und auf welche Weise man demohngeachtet die vollständige Behandlung des Pandectenrechtes durchzuführen beabsichtigt, darüber hat der Verfasser sich bereits erklärt.

Nachdem wir den Titel de in rem verso vollständig durchgegangen und gesehn haben, dass zu Begründung unsrer Klage die Verwendung in des Herrn Vermögen ausreicht, und gar nichts darauf ankommt, ob gleich bei Eingehung des Geschäftes mit dem Sclaven sich diese Verwendung als beabsichtigt ausgesprochen habe, dürfen wir die Behauptung als erwiesen ansehen, dass in Vergleich mit den Pandecten Paulus in den *recept. sent. (Lib. II. tit. 9.)* *) nicht Recht gehabt hat, den Satz über die versio in rem so zu modificiren, wie er durch den Zusatz: „si tamen ob hanc causam pecunia data sit" ihn modificirt hat. Erklärlich scheint dieser Zusatz dadurch, dass, wenn der Sclave einerseits Geld aufgenommen, andrerseits Verwendungen in des Herrn Vermögen gemacht hat, nicht allemal erkennbar oder auch nur erweisbar sein wird, dass die Verwendungen nicht würden stattgefunden haben, wenn nicht das Geld wäre aufgenommen worden. So sagt Ulpian in den Schlussworten der l. 3. §. 1.: „sive peculiariter mutuatus, postea in rem domini vertit. Hoc enim jure utimur, ut, etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit;" dass peculiariter erborgt und dann erst in des Herrn Güter verwendet zu haben, die actio de in rem verso nicht ausschliesse, während andrerseits die Verwendung aus der Erborgung hervorgehen würde, wenn der Sclave, was er dem A als Vorschuss schuldig wird, dem B auf Rechnung des Herrn als Vorschuss zur Last schreibt. M. vgl. die Worte in §. 5. l. cit.

„Quam sententiam Pomponius ita probat, si non peculiare nomen fecit, sed quasi dominicae rationis."

*) „Servus vel filius-familias si acceptam pecuniam in rem patris vel domini verterit, hoc modo, agrum, puta, colendo, domum fulciendo, mancipia vestiendo, mercando, vel creditori solvendo, vel quid tale faciendo, de in rem verso in solidum vel patrem vel dominum obligat: si tamen ob hanc causam pecunia data sit."

Anhang.

§. 1.

Ueber die Bedeutung der actionis quod jussu (XV. 4.) nach röm. und nach heutigem Rechte.

Seite 433. ist ein scheinbarer Widerspruch zwischen l. 3. §. 6. und l. 5. §. 2. bemerkt worden. In ersterer wird um deswillen, weil ein Sclave volente domino etwas gekauft, nicht die actio quod jussu, in der andern wird sie gegeben, si servus voluntate domini emit. Ebendaselbst hat man bereits erwähnt, wie der scheinbare Widerspruch sich dadurch löst, dass die gedachte Klage nicht bloss ein dem Willen des Herrn übereinstimmendes Gebahren des Sclaven, sondern noch ausserdem voraussetzt, dass dem mit dem Sclaven Contrahirenden diese Willensmeinung des Herrn von selbigem eröffnet worden sei, welchergestalt denn der Sclave sehr wohl volente domino, ja auf dessen ausdrückliches Geheiss, ein Geschäft eingehen kann, ohne dass daraus quod jussu gegen den Herrn kann geklagt werden.

Allein auch damit, dass dem Freien, der sich mit dem Sclaven eingelassen, der entsprechende Wille des Herrn bekannt geworden war, fand man die actio quod jussu noch nicht begründet; sondern es war die eigentliche Bedeutung des jubere in der vorliegenden Beziehung, dass dem Freien mittelbar oder unmittelbar, jedenfalls aber von dem Herrn selbst war bekannt gemacht worden, das mit dem Sclaven einzugehende Geschäft solle auf seine, des Herrn, Rechnung gehn. M. vgl. l. 1. §. 1. *)

„Jussum autem accipiendum est, sive testato quis, sive per epistolam, sive verbis, aut per nuntium, sive specialiter in

*) Das proëmium: „Merito ex jussu domini vel patris in solidum adversus eum judicium datur; nam quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet.“ veranlasst zu keiner besondern Bemerkung. Eben so l. 1. §. 7. „Si pupillus dominus jusserit, utique non tenetur, nisi tutore auctore jussit. l. 2. §. 1. Si jussu domini ancillae, vel jussu patris filiae creditum sit, danda est in eos quod jussu actio.“ und l. 4. „Si jussu ejus, qui administrationi rerum civitatis praepositus est, cum servo civitatis negotium contractum sit, Pomponius scribit, quod jussu cum eo agi posse.“

uno contractu jusserit, sive generaliter; et ideo, et si sic contestatus sit: quod voles, cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo, videtur ad omnia jussisse, nisi certa lex aliquid prohibeat.“

Die Stelle hat den Zweck auszusprechen, dass die actio quod jussu weder in engerem noch aber auch im weiteren Umfange stattfinden solle, als in welchem sich der Herr zur Vertretung erklärt hat. Uns ist sie besonders um deswillen interessant, weil sie einen erklärten jussum wörtlich wiederholt. Wir ersehen daraus: der jussus musste an den gerichtet werden, der sich mit dem Sclaven einlassen wollte und, um als jussus zu gelten, aussprechen, dass das Geschäft des Sclaven Geschäft sein solle, er, der Herr, aber für dessen Verbindlichkeit einstehe.

Da in einem solchen Falle die Verbindlichkeit des Herrn wie ein Mandat einzig und allein auf dessen einseitiger Willenserklärung beruhte, so konnte sie auch wie ein solches einseitig von dem Herrn zurückgenommen werden.

M. vgl. §. 2.

„Sed ego quaero: an revocare hoc jussum ante, quam credatur possit? Et puto, posse, quemadmodum si mandasset, et postea ante contractum contraria voluntate mandatum revocasset, et me certiorasset.“

Ja es wird als völlig gleichbedeutend angesehn, ob man Jemandem mit dem Sclaven zu contrahiren aufgetragen oder einen jussum ausgesprochen hat, und konnte nicht anders angesehen werden, indem es ja ebensowohl ein Mandat ist, wenn Jemand widerruflich ermächtigt wird, etwas auf unsere Rechnung und Gefahr zu thun, als wenn er dazu widerruflich verbunden wird. (M. s. S. 4. u. 5.) M. vgl. §. 3.

„Sed et si mandaverit pater dominusve, videtur jussisse.“

„l. 5. §. 1. Si unus ex servi dominis jussit contrahi cum eo, is solus tenebitur; sed si duo jusserunt, cum quovis in solidum agi potest, quia similes sunt duobus mandantibus.“

Bei dieser Gleichstellung des jussus und des Mandats, und weil bei uns die Benennungen der Klagen den praktischen Werth verloren haben, war es entbehrlich, dem jussu in gegenwärtigem Werke eine besondere Rubrik anzuweisen.

Der Grund, warum die Römer die auf eine solche Weise von einem Herrn übernommene Verbindlichkeit unter einem besonderen Namen klagbar machten, scheint darin gelegen zu haben, dass, wenn ich Jemanden ermächtige, auf meine Rechnung und Gefahr mit meinem Sclaven ein Geschäft einzugehn, dies, als Mandat angesehen, ein mandatum in gratiam mandatarii ist, diese Arten von Mandaten aber ein erst nach und nach den Römern geläufiger Begriff geworden sind.

(M. vergl. S. 7.) Als fidejussio aber konnte man den jussum auch nicht ansehen; denn der Bürge wird unwiderruflich verbindlich, während der dominus jubens, insofern dem Mandanten materiell gleichgestellt, nur widerruflich verbunden wird, so lange noch res integra vorhanden ist. Eine interessante Zusammenstellung des jussus mit der fidejussio findet sich in l. 1. §. 5. *)

„Quid ergo, si fidejusserit pro servo? Ait Marcellus: non teneri quod jussu; quasi extraneus enim intervenit. Neque hoc dicit ideo, quod teneatur ex causa fidejussionis, sed quia aliud est fidejubere, aliud jubere. Denique idem scribit: etsi inutiliter fidejusserit, tamen eum non obligari, quasi jusserit; quae sententia verior est.“

Dass man fidejubiren könne (man denke hier nicht an die Bürgschaft im heutigen, sowohl fidejussio als auch constitutum debiti alieni und mandatum de credenda pecunia umfassenden Sinne, sondern an die besondere, in Form der fidejussio zu bewirkende Bürgschaft) auch für einen Sclaven, dies ist bekannt. Da nun aber überall, wo für besondere Formen von Geschäften besondere Klagen gegeben waren, man nicht willkührlich sich dieser oder jener Klage bedienen konnte, auch zwischen fidejussio und jussus die Widerruflichkeit des letzteren als materieller Unterschied stattfand, so konnte derjenige, der mittelst fidejussio sich für den Sclaven eben so verpflichtet hatte, als er sich für einen Freien hätte verpflichten können (qui quasi extraneus intervenit), nicht belangt werden mittelst einer Klage, die speciell für den Fall gegeben war, wo in der Uebernahme der Vertretung selbst es sich aussprach, dass der Herr eine Vertretung seines Sclaven übernähme. Darum, weil die actio quod jussu entbehrlich sei, wo eine auf fidejussio beruhende Bürgschaft eine Klage möglich mache, wollte und konnte Marcellus erstere nicht ausschliessen. Denn es ist ja möglich, dass die fidejussio inutiliter erfolgt wäre (m. vgl. §. 3. S. 146.), welchenfalls der Gebrauch einer actionis quod jussu immer sehr erwünscht geblieben wäre.

§. 2.

Fortsetzung.

Nach l. 13. C.: „quod cum eo, qui in aliena potestate“ etc. (IV. 26.) ist die im vorhergegangenen §. aufgestellte An-

*) Der vorhergegangene §. 4. „Sed et si servi chirographo subscripserit dominus, tenetur quod jussu“ zeigt wieder für die materielle Gleichstellung des Mandates und jussus. Wie bei dem Mandate, und also auch bei dem jussu, jede Form der Willenserklärung ausreicht, wenn sie nur an sich bestimmt genug ist, so die in §. 4. bemerkte.

sicht der actionis quod jussu in Hinsicht auf das neuere röm. Recht keinem Zweifel unterworfen.

„Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur quod jussu, si certam numerari praeceperint servo actorive pecuniam. Igitur hac in perpetuum edictali lege sancimus, ut, qui servo, colono, conductori, procuratori actorive possessionis pecuniam mutuam dat, sciat, dominos possessionum cultoresve terrarum obligari non posse. Neque familiares epistolas, quibus homines plerumque commendant absentem, in id trahere convenit, ut pecuniam, quam rogatus non fuerat, impendisse se pro praediis mentiatur, quum, nisi specialiter, ut pecuniam praestet, a domino fuerit postulatus, idem dominus teneri non possit; creditaque quantitate mulctari volumus creditores, si hujusmodi personis non jubente domino, nec fidejussoribus specialiter acceptis fuerit credita pecunia. Sane creditori damus licentiam, ut, si liber a rationibus, quas gerebat, fuerit inventus actor, servus procuratorve praediorum, utilis actio pateat de peculio."

Die Worte: „dominos possessionum cultoresve terrarum obligari non posse" sind allgemeiner gefasst, als es die Meinung des Gesetzgebers war. Denn insoweit dem Herrn aus des Sclaven Verwaltung kein Guthaben zukam, und daher dem Erstern des Letztern peculium nicht haftete, konnte gegen den Herrn actio de peculio angestellt werden, und zwar utilis; denn indem der Sclave für des Herrn Rechnung geborgt hatte, war deutlich ausgesprochen, dass er nicht in eignen Angelegenheiten hatte borgen wollen.

Hiermit ist noch eine Bemerkung zu verbinden, die jedoch nur für die actio de in rem verso und auch für diese nur rechtshistorischer Art ist. Da des Sclaven Mitcontrahenten ihr Geld verlieren sollen („creditaque pecunia mulctari volumus creditores"), dafern sie nicht quod jussu klagen können, oder Bürgen für den Sclaven erhalten haben, oder endlich in dem Falle sind, nach dem Schlusse der Stelle utiliter de peculio klagen zu dürfen, so scheint es, die Klage de in rem verso sollte aufgehoben sein. Dies umständlicher zu prüfen, ist man nicht veranlasst, da es in praktischer Hinsicht gleichgültig ist, inwiefern die Kaiser, von denen die Stelle herrührt, aus Geschäften mit Sclaven keine actio de in rem verso zulassen wollten. Für Geschäfte, die eingegangen sind mit Personen unter fremder, aber nicht hausherrlicher, sondern väterlicher Gewalt, kann darauf nichts ankommen. Uebrigens sieht der angezogene Titel des Justinianeischen Codex in seiner Gesammtheit die actionem de in rem verso auch aus Geschäften mit Sclaven ganz ohnstreitig als kein antiquirtes Institut an.

§. 3.

Erläuterung in §. 1. noch nicht citirter Fragmente aus dem Titel quod jussu.

Noch sind um der Vollständigkeit willen nachstehende Stellen zu bemerken. l. 1. §. 6.

„Si ratum habuerit quis, quod servus ejus gesserit vel filius, quod jussu actio in eum datur."

Da Ulpian (m. vgl. S. 10.) sich zu der Ansicht bekannte, ein Mandatum könne durch Ratihabition dessen hergestellt werden, was Jemand unbeauftragt in meinen Angelegenheiten bereits gethan hat, so brachte es die Consequenz mit sich, dass er, wenn Ratihabition erfolgt war, quod jussu in Betreff desjenigen klagen liess, was sine jussu vor sich gegangen war.

„§. 8. Si jussu fructuarii erit cum servo contractum, item ejus, cui bona fide servit, Marcellus putat, quod jussu dandam in eos actionem. Quam sententiam et ego probo."

Die Stelle ist für uns von keinem praktischen Interesse.

Man denke sich, es käme irgend einmal vor, dass Jemand einem jungen Manne Credit machte, den er irrigerweise für seinen Sohn gehalten hätte. Der entdeckte Irrthum würde in des Intervenirenden Verhältnisse zu dem Creditgebenden nichts abändern, für den es gleichgültig sein muss, von welchen irrigen Bewegungsgründen jener ausgegangen ist. Den an den Klagformalismus gebundenen Römern aber musste es wichtig sein, dass auch in einem solchen Falle die Praxis actionem quod jussu zulasse.

Damit ist l. 2. §. 2. zu verbinden.

„Si jussu meo cum alieno servo contractum fuerit, eumque postea redemero, quod jussu non tenebor, ne actio, quae ab initio inutilis fuerit, eventu confirmetur."

Wenn A zu dem B gesagt hatte: die 100 Thlr. die Du dem Sclaven C borgen willst, borge ihm auf meine Rechnung und Gefahr, so fand keine actio quod jussu statt, denn nicht einmal putativ war der Erborger des A Sclave. Dass aber actio mandati zulässig gewesen sei, dies kann nach dem Wesen des Mandates keinem Zweifel unterliegen, und ist bereits von der Glosse anerkannt.

Ganz dasselbe gilt von l. 1. §. 9.

„Si curatore adolescentis, vel furiosi, vel prodigi jubente, cum servo contractum sit, putat Labeo, dandam quod jussu actionem in eos, quorum servus fuerit. Idem et in vero procuratore. Sed si procurator verus non sit, in ipsum potius dandam actionem, idem Labeo ait."

Wenn eines Hausherrn Procurator jubirt, mit des Ersteren Sclaven ein Geschäft einzugehn, so ist es so gut, als hätte

es der Hausherr selbst gethan, und die actio quod jussu ist gegen ihn begründet.

Ist der Procurator falsus Procurator, so ist dieser selbst verbindlich geworden, weil er einen Andern nicht hat verbinden können, und actione mandati zu belangen.

„l. 2. pr. Si tutoris jussu servo pupilli creditum sit, puto, si ex utilitate pupilli fuerit creditum, in pupillum esse dandam actionem, quod jussit tutor." enthält einen der l. 6. pr. de negot. gest. (m. vgl. S. 395. und 396.) analogen Fall.

„l. 3. Dominum, qui jussit semissibus usuris servo suo pecuniam mutuam credi, hactenus teneri, quatenus jussit, nec pignoris obligationem locum habere in his praediis, quae servus non ex voluntate domini obligavit."

Da der Mandant nicht über die Grenzen des ertheilten Auftrags hinaus gehalten werden kann, so ist es natürlich eine für den Herrn unverbindliche Verpfändung, wenn er dem Darleiher gesagt hat, borge meinem Sclaven gegen 6 pCt. Zinsen, ohne den Zusatz aber: und gegen Verpfändung meiner Grundstücke.

„l. 5. pr. Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus, jusserit servo filiove numerari, nulla quaestio est, quin ipsi condici possit. Immo hoc casu de jussu actio non competit."

Die Bedeutung der Stelle liegt ebenfalls bloss in dem röm. Formalismus. Wenn ein Hausherr Geld von mir borgt, so verklage ich ihn auf die Wiederbezahlung als meinen Schuldner; ich kann ihn aber nicht quod jussu um deswillen belangen, weil er mich angewiesen hat, das Geld an seinen Sclaven einzuzahlen. Denn er hat ja dem Sclaven keinen Credit bei mir gemacht oder auch nur machen wollen.

Neuere Gesetzgebungen. *)

§. 1.

(Theil II. des österreich. bürgerl. Gesetzbuches. Hauptstück 22. §. 1041. u. 1042.)

Man hat S. 421. und 422. hinsichtlich dessen, was das österreich. bürgerl. Gesetzbuch über die negot. gestio enthält, sich begnügt, nur so viel hervorzuheben, als erforderlich war, um nachzuweisen, dass es gleich dem C. N. von der Maxime ausgehe: „culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti."

*) Der C. N. enthält keine mit den röm. Grundsätzen über versio in rem besonders in Verbindung zu stellende Vorschriften.

Wir holen hier die wenigen §§. nach, (Th. II. Hptst. 22. §. 1035.—1040.), um in unmittelbarer Verbindung mit §. 1041. und 1042. besser nachweisen zu können, wie das österr. Recht die negot. gestio und versio in rem ganz anders auffasst, und ganz anders sondert, als es der Fall im röm. Rechte ist.

Die Sätze: „Wer ein fremdes Geschäft besorgt hat, um Schaden von dem Herrn des Geschäftes abzuwenden, ist berechtigt, von Letzterem Erstattung des nothwendig und zweckmässig gemachten Aufwandes zu fordern, und es ist ihm unschädlich, wenn ohne sein Verschulden die Bemühung fruchtlos geblieben ist", (§. 1036.) und: „Insoweit die Geschäftsführung nicht Schaden abzuwenden, sondern Gewinn zu schaffen beabsichtigte, hängt des Herrn des Geschäftes Verbindlichkeit zum Ersatze davon ab, ob es liquid ist, dass die Geschäftsführung ihm überwiegenden Vortheil geschafft hat" (§. 1037.) sind dem römischen Rechte conform, und was §. 1038.*) verordnet, erreicht auch das röm. Recht nach Maassgabe der Sätze unter Num. 10. c., g. und Num. 12. (S. 350. ff.) **)

Allein nach art. 1035. ***) stellt das österr. Recht der negot. gestio engere Grenzen, als das römische. So im weitesten Sinne des Wortes ist diesem alles, was sich als Verwaltung irgend einer fremden Vermögensangelegenheit betrachten

*) „Ist aber der überwiegende Vortheil nicht klar, oder hat der Geschäftsführer eigenmächtig so wichtige Veränderungen in einer fremden Sache vorgenommen, dass die Sache dem Andern zu dem Zwecke, wozu er sie bisher benutzte, unbrauchbar wird, so ist dieser zu keinem Ersatze verbunden; er kann vielmehr verlangen, dass der Geschäftsführer auf eigne Kosten die Sache in den vorigen Stand zurücksetze, oder, wenn das nicht möglich ist, ihm volle Genugthuung leiste."

**) §. 1039. „Wer ein fremdes Geschäft ohne Auftrag auf sich genommen hat, muss es bis zur Vollendung fortsetzen und gleich einem Bevollmächtigten genaue Rechnung darüber ablegen." soll nach v. Zeillers Bemerkung dazu (a. a. O. B. III. S. 323.) den negot. gestor zu nicht mehr verbinden, als der Satz unter Num. 10. a. S. 330., und keinesweges damit gemeint sein, dass der negot. gestor unbedingt gehalten sei, das einmal begonnene Geschäft fortzusetzen.

§. 1040. „Wenn Jemand gegen den gültig erklärten Willen des Eigenthümers sich eines fremden Geschäftes anmaasset, oder den rechtmässigen Bevollmächtigten durch eine solche Einmengung an der Besorgung des Geschäftes verhindert, so verantwortet er nicht nur den hieraus erwachsenen Schaden und entgangenen Gewinn, sondern er verliert auch den gemachten Aufwand, insofern er nicht in Natur zurückgenommen werden kann." stimmt theils mit dem Satze unter Num. 10. f. S. 351. überein, theils fällt die Vorschrift ganz von der negot. gestio aus, indem eine solche für einen im Voraus Widersprechenden eben so unmöglich ist, als für einen dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend im Voraus Genehmigenden.

***) „Wer weder durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag, noch vom Gerichte, noch aus dem Gesetze das Befugniss erhalten hat, darf der Regel nach sich in das Geschäft eines Andern nicht mengen. Hätte er sich dessen angemaasst, so ist er für alle Folgen verantwortlich."

lässt, negot. gestio, dass auch für einen Andern bestrittener Alimentationsaufwand als negot. gestio gilt. (M. vgl. §. 10. S. 403.—406.) Das österreich. Recht aber denkt sich die negot. gestio als ein anmaassendes Eingreifen in die Güter eines Andern, und stellt demselben Verwendungen in den Nutzen eines Andern gegenüber, ganz abgesehen davon, wie mittelbar oder unmittelbar etwas aus dem Vermögen des Einen in das des Andern übergegangen. M. vgl. §. 1041.

„Wenn ohne Geschäftsführung eine Sache zum Nutzen eines Andern verwendet worden ist, kann der Eigenthümer sie in Natur, oder, wenn dies nicht mehr geschehen kann, den Werth verlangen, den sie zur Zeit der Verwendung gehabt hat, obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist.“ und dazu *v. Zeiller am a. O. S.* 329.*)

Auf die im röm. Sinne des Wortes eigentlich so zu nennende versio in rem bezieht sich §. 1042. **)

„Wer für einen Andern einen Aufwand macht, den dieser nach dem Gesetze selbst hätte machen müssen, hat das Recht, den Ersatz zu fordern.“

§. 2.

(*Allg. Landr. für die preuss. Staaten. Th. I. Tit.* 13 *Abschn.* 3. §. 262. — 280.)

Auch das allgemeine Landrecht begreift unter der Rubrik: „Von nützlichen Verwendungen“ ein weit umfassenderes Ver-

*) Es giebt mehrere Fälle, in welchen man ohne Abschliessung eines Vertrages, und ohne eine eigentliche Geschäftsführung Sachen zum Nutzen eines Andern verwendet: z. B. wenn man Jemandem, besonders solchen Personen, die sich zu verbinden unfähig sind, Kost, Wohnung, Kleidung, oder andere Vorschüsse zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse, zu ihrer Erhaltung oder zu nützlichen Zwecken leistet; wenn man Kranken im bewusstlosen Zustande mit ärztlicher Hülfe beisteht; oder wenn man einem Geschäftsführer Waaren borgt, wodurch er die Geschäfte eines Dritten zu besorgen in Stand gesetzt wird.

**) *v. Zeiller am a. O. S.* 332. Die Vorschrift bezieht sich auf Fälle, wo Jemand anstatt rechtmässiger, es sei vertragsmässiger, oder obrigkeitlicher und gesetzlicher Bevollmächtigter einen nothwendigen oder nützlichen Aufwand, den sie kraft ihrer Vollmacht oder Vertretungspflicht selbst zu machen verpflichtet gewesen wären, als eigentlicher Geschäftsführer oder ohne eigentliche Geschäftsführung zum Wohl des Machtgebers oder der Pflegebefohlenen gemacht, z. B. wenn er den von dem Machthaber angefangenen Bau fortgesetzt, oder Pflegebefohlene statt der Eltern, Vormünder oder Curatoren mit den nöthigen Bedürfnissen versehen hat. Er kann sich daher dieses Aufwandes wegen sowohl unmittelbar an die Bevollmächtigten oder Vertreter, an deren Stelle er die Sorge übernommen hat, als auch allenfalls an den Machtgeber oder an das Vermögen des Pflegebefohlenen halten, zu dessen Besten der Aufwand geschehen ist.

hältniss, als dasjenige ist, in welchem die versio in rem des röm. Rechts klagbare Verbindlichkeiten begründet. Alle Fälle nämlich, wo aus eines Individuums Vermögen etwas in das Vermögen eines andern Individuums übergeht, ohne dass unter den Parteien ein rechtlicher Vertrag vorhanden ist, betrachtet das Lndr. als nützliche Verwendung. Man vergl. §. 277. *)

Während es demnach consequent war, unter der angegebenen Rubrik auch den Fall zu bemerken, wo Jemand aus eines Andern Vermögen Geld oder Geldeswerth durch Betrug an sich gebracht hat, (§. 279.) **) und die Anwendbarkeit der in dem angegebenen Abschnitte enthaltenen Vorschriften nur ausgeschlossen bleibt für diejenigen Fälle, wo etwas gegeben oder geleistet worden ist, in der deutlich erklärten oder nach Vorschrift der Gesetze zu vermuthenden Absicht, wohlthätig oder freigebig zu sein, welchenfalls sehr begreiflicherweise keine Forderung auf Ersatz oder Vergütung stattfinden soll, (§. 280.) zeigt schon hiermit sich sofort, dass in dem Landrechte gar nicht jene scharfe Sonderung zwischen Geschäftsführungen ohne Auftrag (negot. gestio) und nützlichen Verwendungen (versio in rem) stattfinden kann, womit das römische bei Ausbildung beider Verhältnisse zu Werke gegangen ist. Ob und inwieweit das Landrecht sich bewusst geworden ist, dass bloss darum, weil aus des A Vermögen etwas in das meinige übergegangen ist, noch keine gegen A verbindende versio in rem stattfindet, und dies namentlich alsdann nicht, wenn der Uebergang mittelbar durch den B geschehen, und ich also diesem gehalten sein kann für das Verwendete, welchenfalls denn das Plus, das mir aus des A Gütern geworden, sich um des in der Verbindlichkeit gegen den B zugleich entstandenen Minus willen aufhebt, dies wird sich aus dem Folgenden ergeben.

Worin erkennt das Landrecht nützliche Verwendungen?

In allem, womit nöthige oder nützliche Ausgaben für einen Andern bestritten worden sind. (§. 268.)

Nothwendige Ausgaben (§. 269. u. 270.) sind solche, zu denen man durch das Gesetz verpflichtet ist, solche,

*) Die in §. 278. (Was bei einem in der Form mangelhaften Vertrage Rechtens sei, ist im fünften Titel bestimmt.) enthaltene Verweisung übergehen wir, weil wir dadurch in ein Detail würden geführt werden, zu dem in der Absicht, eine möglichst übersichtliche Vergleichung mit dem röm. Rechte zu geben, keine Aufforderung liegt.

**) Es versteht sich, dass man einen solchen für verbunden erachtet hat, jederzeit vollständige Schadloshaltung zu leisten.

die nicht vermieden werden konnten ohne Gefahr eines grössern Uebels. *)

Nützliche Ausgaben sind solche, die den Werth einer Sache oder sonst die Vermögensumstände eines Menschen wirklich verbessert haben. (§. 272.)

Von noch einigen andern Voraussetzungen, unter denen Verwendungen entweder als nützliche oder nicht als solche angesehen werden sollen, weiter unten.

Allgemeiner Grundsatz (§. 262.—264. **) für nützliche Verwendungen ist es: die noch in Natur vorhandene Verwendung ist zurückzugeben, (wobei man jedoch die Frage aufwerfen darf, wie man wohl von Verwendung in eines Andern Nutzen sprechen könne, wenn das Gegebene oder Empfangene sich noch in Natur vorhanden findet), ist aber die Sache nicht mehr vorhanden, so tritt die Verbindlichkeit ein, den Werth zu erstatten, insoweit derselbe wirklich nützlich verwendet worden.

Nach diesen „Grundsätzen" sollte man glauben, das preuss. Landrecht mache den Rittergutsbesitzer, dessen abgegangener Pachter mit erborgtem Gelde oder auf Credit erkauften Gegenständen die Rittergutsökonomie verbessert hat, verbindlich, dem Darleiher oder Verkäufer für dessen Forderung gerecht zu werden.

Welche seltsame Consequenzen von einem solchen Grundsatze unzertrennlich sind, fällt in die Augen. Vor allen belegen deutlich §. 265. — 267., dass das preuss. Ldrcht. zwischen negot. gestio und versio in rem keine bestimmten Grenzen gezogen hat.

265. „Was Jemand, der über sein Vermögen frei verfügen kann, an Gelde oder Geldeswerth übernommen hat, ist, ohne fernern Beweis, für nützlich verwendet zu achten."

*) §. 271. „Doch sind Ausgaben der letztern Art, wenn sie für einen Unfähigen gemacht worden, nur alsdann für eine nützliche Verwendung zu halten, wenn die Gefahr so dringend war, dass der Unfähige nicht Zeit genug hatte, den zu dem Geschäfte sonst erforderlichen Consens derjenigen, unter deren Aufsicht er steht, einzuholen."

Wie nun, wenn die Verwendung in das Vermögen eines infantis, ejus qui nondum fari potest, ist gemacht worden?

**) „Derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines Andern verwendet worden, ist dasselbe entweder in Natur zurück, oder für den Werth Vergütung zu fordern berechtigt."

„Ist die gegebene Sache in dem Vermögen des Andern noch wirklich vorhanden, so muss der Geber sich mit dem Zurückempfange derselben, so wie sie ist, begnügen."

„Ist die Sache nicht mehr vorhanden, so haftet der Andre für den Werth nur so weit, als derselbe in seinen Nutzen wirklich verwendet ist."

266. „Kann aber erwiesen werden, dass das Uebernommene durch einen Zufall verloren gegangen, ehe der Uebernehmer wirklich davon Nutzen gezogen hat: so ist keine Verbindlichkeit zum Ersatze aus der blossen Uebernehmung vorhanden.“

267. „Hat der, in dessen Nutzen etwas verwendet sein soll, die Sache nicht selbst übernommen, oder ist er ein solcher, den die Gesetze in der Fähigkeit, über sein Vermögen zu verfügen, einschränken: so muss, wenn für die nicht mehr vorhandene Sache Ersatz gefordert wird, die wirklich geschehene Verwendung nachgewiesen werden.“

Nach §. 265. ist die versio in rem auch dann vorhanden, wenn der Uebergang aus des A Vermögen in das des B unmittelbar ohne eines Dritten diesen Uebergang vermittelnde Dazwischenkunft stattgefunden hat; ja es würde, bleibt man bei den Worten dieses §. stehen, versio in rem sein, wenn ein Weinhändler, die Abnahme verhoffend, an Jemanden eine unbestellte Quantität Wein sendet, und dieser die Sendung angenommen hat, und nach §. 266. würde der Annehmer unverbunden sein, wenn der Wein verloren gegangen ist, bevor der Empfänger davon getrunken hat. §. 267. enthält in der letzten Hälfte („oder ist er ein solcher“ etc.) den Satz der Pandecten, dass auch ein Unmündiger aus Verwendungen gehalten werden kann, durch die er locupletior (im Sinne des röm. Rechts) geworden, und die erste Hälfte eben dieses §. hat ohnstreitig übersehen, dass in einem solchen Falle der Beklagte zweifachen Ansprüchen kann ausgesetzt werden, nämlich nicht nur von dem, aus dessen Vermögen etwas in das seinige übergegangen ist, sondern auch von dem, der es angenommen und den Uebergang bewirkt hat.

Uebrigens wird die Annahme in hundert Fällen ein die Beurtheilung nur sehr unsicher leitendes Kennzeichen sein. Z. B. ich habe in Jemandes Feldern und Gärten Verwendungen gemacht. Wenn hat der Eigenthümer sie angenommen?

§. 273. „In der Regel ist es hinreichend, die Verbindlichkeit zum Ersatze zu begründen, dass die Verbesserung durch die geschehene Verwendung einmal bewerkstelligt worden, wenn sie gleich in der Folge wieder verloren gegangen ist.“

Demnach würde man in dem Falle, wo der Verwendende nicht gewinnbringend, sondern nur conservativ zu Werke gegangen, der erhaltene Gegenstand aber untergegangen ist, und also in allen Fällen, wie l. 10. §. 1. de negot. gestis ein Beispiel anführt, *) keine Klage haben.

*) „ . . . si insulam fulsit, vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, aget negot. gestorum.“

§. 274. „Ein Unfähiger aber kann zum Ersatze nur insofern angehalten werden, als er sich, zur Zeit des gerügten Anspruches, noch im Besitze des durch die Verwendung bewirkten Vortheils befindet.“

Wo in dem Verhältnisse selbst der Grund liegt, aus welchem eine Verbindlichkeit entsteht, ohne dass auf Willensmeinung und Zustimmung desjenigen etwas ankommt, der verbunden werden soll, da sieht man nicht ein, warum der Unfähige, d. h. z. B. ein Unmündiger, anders soll beurtheilt werden, als der Fähige.

§. 275. „Ist die verbesserte Sache nach der Verwendung in das Eigenthum eines Dritten durch einen lästigen Vertrag übergegangen: so ist dieser demjenigen, aus dessen Vermögen die Verwendung geschehen war, nicht verhaftet.“

Ganz Recht. Denn der Dritte hat die Verwendung bezahlt, und so ist in sein Vermögen nichts verwendet.

Wie nun aber in folgendem Fall? Ich habe den Acker des A verbessert, und A verkauft ihn an B um einen gleich hohen als einen früheren, vor der Verbesserung stattgefundenen Kaufpreis, unterrichtet oder ununterrichtet von der stattgefundenen Verbesserung. Sollte man, wenn man sich einmal zu der Maxime bekennt, es sei gut und zweckmässig, möglichst einem Jeden sich seines Geldes aus jedem Beutel erholen zu lassen, in den es gerathen sein möchte, nicht auch unterscheiden, ob und inwieferne die Verbesserung mit bezahlt worden sei?

§. 276. „Hat aber der Dritte das Eigenthum der Sache unentgeltlich überkommen, so haftet er für die Verwendung so weit, als damals der dadurch bewerkstelligte Vortheil noch wirklich vorhanden war.“

Also: ich lasse ein Gemälde restauriren und schenke es dann einem Freunde. Wenn der Restaurateur von mir nicht bezahlt worden ist, so kann er die Bezahlung von dem Beschenkten fordern.

Inhaltsverzeichniss.

I. Der Mandatscontract.

Seite 1. — 114.

Cap. 1. Bestimmung des Begriffes. S. 1. — 26.

§. 1. S. 1—7. *Rechtfertigung der Definition.*
§. 2. S. 7—11. *Ueber die gegenseitige Einwilligung der Interessenten.*
a. *In Hinsicht auf beide Contrahenten.*
b. *In Hinsicht auf den Mandanten.*
(Kann ein Mandat durch Ratihabition hergestellt werden? S. 8.)
§. 3. S. 11. u. 12. *In Hinsicht auf den Mandatar.*
§. 4. S. 12. *Ueber die Gattungen des Mandats.*
§. 5—8. S. 12—26. *Stellen casuistischen Inhalts, in denen hauptsächlich die Frage behandelt wird, ob ein Mandat vorhanden sei oder nicht.*
§. 6. S. 13—18. Fälle, wo kein Mandat und
§. 7. S. 18—28. wo ein solches eingetreten.
§. 8. S. 25. u. 26. Zusammentreffen der Verbindlichkeit aus dem Mandate und aus andern Rechtsverhältnissen.

Cap. 2. Ueber die Unentgeltlichkeit des Mandatcontractes. S. 27—35.

§. 1. S. 27—29. *Ueber das Honorar des Mandatars und pactum de quota litis.*
§. 2. S. 30. *Interpretation der l. 6. §. 7. mandati.*
§. 3. S. 35. *Ueber den Fall, wo das Mandat in diejenige Gattung von Geschäften fällt, die der Mandatar als Broderwerb betreibt.*

Cap. 3. Verbindlichkeiten des Mandatars.

§. 1. 2. 3. S. 37—49. *Ueber des Mandatars Verbindlichkeit in Hinsicht auf Ausführung des übernommenen Geschäftes.*
§. 4. S. 49—55. *Ueber des Mandatars Verbindlichkeit, dem Mandanten, was er von diesem zu Ausführung des Geschäftes erhalten, zurückzugeben, ebendemselben jeden Besitz und Erwerb zu gewähren, der dem Mandanten in Folge des übernommenen Geschäftes geworden.*
§. 5. S. 55. u. 56. *Zinspflichtigkeit des Mandatars.*
§. 6. S. 56. u. 57. *Dessen direct oder indirect ausnahmsweise eintretende Verbindlichkeit, bei Ausführung des Mandates erwachsenen Verlust zu tragen.*
§. 7. u. 8. S. 57. u. 58. *Eintritt der Verbindlichkeiten des Mandatars; deren Fortdauer bis zu befugter Aufkündigung. Solidarische Verbindlichkeit mehrerer Mandatare.*

Cap. 4. Verbindlichkeiten des Mandanten. S. 59—73.

§. 1. S. 60—62. *Verbindlichkeit, den Mandatar, auf Verlangen, mit den zu Ausführung des Mandates erforderlichen Mitteln zu versehen, denselben sicher zu stellen gegen die Gläubiger, mit denen er in Folge des Mandates contrahirt.*

§. 2. S. 62—70. *Verbindlichkeit zu Erstattung des mit Ausführung des Mandates verbunden gewesenen Aufwandes.*

§. 3. S. 70. u. 71. *Zinspflichtigkeit des Mandanten.*

§. 4. S. 71—73. *Verbindlichkeit, dem Mandatar unverschuldeten Verlust zu ersetzen. Solidarische Verbindlichkeit mehrerer Mandanten.*

Anhang zu Cap. 3. und 4. Ueber der Contrahenten Verhältniss zu dritten Personen, und von dem Mandatar bewirkte Substitutionen. S. 73—76.

Cap. 5. Ueber das Erlöschen des Mandats. S. 77—84.

§. 1. S. 78. *Aufkündigung auf Seiten des Mandanten.*

§. 2. S. 78—80. *Aufkündigung auf Seiten des Mandatars, Beschränkung derselben und Ausnahmen von dieser Beschränkung.*

§. 3. S. 80, u. 81. *Erlöschen durch den Tod des Mandanten.*

§. 4. S. 81. *Ausnahme, wodurch das Mandat nicht erlischt.*

§. 5. S. 82—84. *Erlöschen durch den Tod des Mandatars.*

Cap. 6. Nachtrag in Cap. 1.—5. nicht citirter Stellen. S. 85—98.

Cap. 7. Zu dem Titel mandati vel contra des Codex. S. 99—102.

Cap. 8. Neuere Gesetzgebungen. S. 103—114.

§. 1. a. u. 1. b. S. 103—106. *Begriff des Mandatcontracts.*

§. 2. S. 107. u. 108. *Unentgeltlichkeit des Mandats.*

§. 3. S. 108—118. *Verbindlichkeiten des Mandatars.*

§. 4. S. 110—112. *Verbindlichkeiten des Mandanten.*

§. 5. S. 113. u. 114. *Ueber der Contrahenten Verhältniss zu dritten Personen und von dem Mandatar bewirkte Substitutionen.*

II. Die Bürgschaft.

S. 115—239.

Erläuterung zu der Ueberschrift des Pandectentitels (XVI. 1.) de fidejussoribus et mandatoribus. S. 115—121.

Cap. 1. Bestimmung des Begriffes und Wesen der Bürgschaft. S. 122—139.

§. 1. S. 123. *Die accessorische Natur der Bürgschaft.*

§. 2. S. 123, u. 124. *Der Nachbürge.*

§. 3. u. 4. S. 124—126. *Ueber die Verbindlichkeiten, für welche Bürgschaft kann geleistet werden.*

(Ebend. über den mit Erwerb der Hauptschuld venbundenen Uebergang des Klagerechts gegen den Bürgen.)

§. 5. S. 126—133. *Erörterung von Stellen casuistischen Inhalts.*

a) S. 127. u. 128. solcher, wo wegen Nichtexistenz einer Verbindlichkeit die Bürgschaft unmöglich ist;

b) S. 129. u. 130. solcher, wo das Gegentheil stattfindet.

c) S. 130—133. Stellen einer oder der andern Art, jedoch zum Theil antiquirten Inhalts.

§. 6. S. 133—138. *Auslegung eine Bürgschaft aussprechender Verträge.*
§. 7. S. 138. u. 139. *Uebergang der Verbindlichkeit auf des Bürgen Universalsuccessor.*

Cap. 1. b. Ueber das Verhältniss der Hauptschuld und der von dem Bürgen zu übernehmenden Verbindlichkeit. S. 140—172.

(S. 140. u. 141. Vorbemerkung über den Zusammenhang der Lehre vom constituto debiti alieni mit dem Titel de fidejussoribus et mandatoribus.)

Abschn. I. Ueber das Verhältniss zwischen des Hauptschuldners und der von dem Bürgen zu übernehmenden Verbindlichkeit nach Anleitung des Titels de fidejussoribus et mandatoribus. S. 141—172.

§. 1. S. 141—144. *Allgemeine Bemerkung.*
Als fidejussio erfordert die Bürgschaft
a) Gleichartigkeit des Objectes in des Hauptschuldners und in des Bürgen Verbindlichkeit;
b) die Gewissheit, dass in dem Falle, wo gegen den Bürgen sollte geklagt werden, was von ihm gefordert wird, auch von dem Bürgen könnte gefordert werden.
§. 2—5. S. 144—152. *Belegstellen für die Richtigkeit des vorstehend angegebenen zwiefachen Erfordernisses.*

Abschn. II. Ueber das constitutum. S. 152—164.

S. 152. u. 153. Einleitende Vorbemerkung.
§. 1. S. 153. u. 154. *Begriff des constituti.*
§. 2. S. 155. u. 156. *Dessen Zweck.*
§. 3. S. 156—162. *Zweck insonderheit des constit. debiti proprii.*
§. 4. S. 163. u. 164. *Abweichungen des constituti debiti alieni von der fidejussio.*

Abschn. III. Resultat, das sich aus der Verschmelzung der fidejussio mit dem constituto debiti alieni ergiebt. S. 164—166.

§. 1. S. 166—168. *Rechtfertigung der dieses Resultat enthaltenden Sätze.*
§. 2. S. 168—172. *Nachträgliche Erörterung der in den vorhergegangenen Abschnitten und Paragraphen nicht citirten Stellen des Titels de pecunia constituta.*

Cap. 2. Wirkung der Bürgschaft zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen. S. 173—184.

§. 1. S. 175. u. 176. *Des Gläubigers Klage gegen den Bürgen setzt voraus Gefälligkeit der Hauptschuld.*
Inwiefern der Bürge auf Veräusserung der dem Gläubiger vom Hauptschuldner bestellten Pfänder dringen kann?
Des Bürgen Recht, die Klagabtretung gegen den Hauptschuldner zu fordern, und über die dem Bürgen gegen den Gläubiger zu statten kommenden Exceptionen.
§. 2. S. 177. *Des Gläubigers Recht, beliebig den Hauptschuldner oder Bürgen, so wie unter mehreren Bürgen den beliebigen, in Anspruch zu nehmen.*
§. 3. S. 177. u. 178. *Von mehreren Bürgen kann der belangte Abtretung des Klagerechts gegen die übrigen fordern.*
§. 4—12. S. 178—184. *Bestimmung des Begriffes eines Mitbürgen, und von dem beneficio divisionis.*

Cap. 3. Erlöschen der Bürgschaft. S. 185—192.

§. 1. S. 185. u. 186. *durch Untergang der Hauptschuld.*

§. 2. u. 3. S. 186—192. *Zusammentreffen der ursprünglich gesonderten Rechte und Verbindlichkeiten des Gläubigers, Hauptschuldners und Bürgen in einer Person, und inwieweit dadurch die Bürgschaft erlischt.*

Anhang I. Ueber des Bürgen Verhältniss zu dem Hauptschuldner. S. 193—196.

S. 193. Vorbemerkung.

§. 1. S. 193—195. *Erläuterung dahin gehöriger Stellen der Pandecten.*

§. 2. S. 195. u. 196. *Zur Auth. C. h. tit.*

Anhang II. Erörterung in den vorhergegangenen Capiteln unerwähnt gebliebener Stellen des Titels de fidejussoribus et mandatoribus.

Cap. 4. Zu dem Titel des Codex de fidejussoribus et mandatoribus S. 200—208.

§. 1. S. 200—206. *Stellen, welche die Anwendung im Pandectenrechte begründeter Sätze enthalten.*

§. 2. S. 206—208. *Stellen, welche von dem Pandectenrechte entweder abweichende oder neue Vorschriften enthalten.*

Cap. 5. Zu Nov. 4. pr. cp. 1. u. 2. S. 209. u. 210.

Cap. 6. Zu Lib. IV. tit. 18. des Codex de constituta pecunia. S. 211—216.

Cap. 7. Neuere Gesetzgebungen. S. 217—239.

Abschn. I. *Code Napoléon Lv. III. tit.* 14. *chp.* 1—4. *art.* 2011—2043. Seite 217—227.

Abschn. II. *Th. II. des österreich. bürgerl. Gesetzbuches* 1. *Hauptst*, §. 1346. *bis* 1367. S. 227—231.

Abschn. III. *Allg. Landr. für die preuss. Staaten Th.* 1. *tit.* 14. *Abschn.* 3. §. 200—398. S. 231—239.

III. Das Vellejanische Senatusconsult.
S. 240—287.

§. 1. S. 243. u. 244. Einleitende Bemerkung.

§. 2. S. 244—251. *Beantwortung der Frage: welche Geschäfte als Intercessionen von Frauenspersonen angesehen werden?*

§. 3. S. 251—253. *Ueber intercedirender Frauenspersonen Recht, dasjenige zurückzufordern, was sie zufolge der Intercession geleistet haben.*

§. 4. S. 253. u. 254. *Jede von einer Frauensperson bewirkte Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit wird im Zweifelsfalle als Intercession angesehen.*

§. 5. S. 254. u. 255. *Rechte derjenigen, welche der Intercession einer Frauensperson beigetreten.*

§. 5. b. S. 255. u. 256. *Rechte derjenigen, welche anstatt einer Frauensperson intercedirt haben.*

§. 6. u. 6. b. S. 256—261. *Inwiefern der Gläubiger, welcher gegen die Intercession einer Frauensperson den Schuldner der Verbindlichkeit entlassen oder gleich anfänglich statt eines andern Schuldners eine Frau zur Schuldnerin erhalten hat, um nichts weniger gegen letzteren klagen kann.*

§. 7. 8. und 9. S. 261—271. *Fälle, in welchen die except. SCt. Vellej. nicht stattfindet.*

§. 10. S. 271—273. *Ueber Verabsäumung am Gebrauch des SCt. Vellej. und auf dasselbe zu leistende Verzicht.*

Anhang I. Erörterung der in den angegebenen §§. noch nicht citirten Stellen. S. 273—276.

Anhang II. Zu Lib. IV. tit. 29. Cod. ad Senatusconsultum Vellejanum. S. 277—286.

§. 1. S. 277—282. *Stellen des Codex, welche nur die Anwendung der aus dem Pandectenrechte sich ergebenden Sätze enthalten.*

§. 2. S. 282—286. *Abänderungen des Pandectenrechts.*

Anhang III. Zusätze aus den Novellen. S. 286. u. 287.
(S. 286. Not. einschlagende Bemerkungen in Hinsicht auf die neueren Gesetzgebungen.)

IV. Die institoria actio und exercitoria actio.
S. 288—347.

§. 1. S. 292. u. 293. *Einleitende Bemerkung.*

§. 2. S. 293—295. *Ueber die Bestimmung des Begriffes eines Institors.*

§. 3. S. 295. u. 296. *Zu Bestimmung des Begriffes eines magister navis und exercitor navis.*

§. 4. S. 296. *Bemerkung über die Gleichmässigkeit der Rechtsverhältnisse, die aus Bestellung eines Institor oder eines magister navis entstehen.*

§. 5. u. 6. S. 296—300. *Ueber desjenigen, der einen Institor bestellt, Verbindlichkeit aus dessen Contracten.*

§. 6. b. S. 300. u. 301. *Verbindlichkeit des exercitor navis durch des magistri navis Substituten.*

§. 7. u. 8. S. 301—305. *Besondere Erfordernisse, welche die institor. und exercitor. noch ausserdem voraussetzen.*

§. 9. S. 305. u. 306. *Ueber die Beweislast bei Erörterung der Frage, ob mit dem Institor in Gemässheit der durch die Anstellung ihm gegebenen Befugnisse contrahirt worden sei.*

§. 10. S. 306—310. *Dahin einschlagende Stellen des Titels de institoria actione.*

§. 11. S. 310—314. *Ebendahin einschlagende Stellen des Titels de exercitor. actione.*

§. 12. u. 13. S. 314—317. *Ueber die Verbindlichkeiten nicht aus eines Institors Handlungen, sondern aus denen eines Gehülfen in dem Geschäfte.*

§. 14. S. 317—319. *Ueber des Präponenten Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen des Institors.*

§. 15. S. 319—321. *Verhältniss des Präponenten zu des Institors Mitcontrahenten.*

§. 16. S. 321—325. *Ueber das Klagerecht der Mitcontrahenten des Institors gegen den Präponenten.*

§. 17. S. 325. *Ueber des Institors Verhältniss zu dem Präponenten.*

§. 18. S. 325. u. 326. *Ueber die institoria actio gegen die Präponenten mehrerer Institoren.*

§. 19. S. 326—328. *Ueber die Verbindlichkeiten mehrerer Präponenten, die einen Institor bestellt haben.*

§. 20. S. 328—330. *Ueber das Erlöschen der Befugnisse des Institors durch des Präponenten Tod.*

Anhang. Erörterung in den vorhergegangenen §§. noch nicht angezogener Stellen, und zu dem Titel des Codex de instit. et exercit. act. *(4. 25.)* S. 331—347.

§. 1. S. 331—334. *Aus dem Titel de instit. actione.*

§. 2. S. 334—339. *Aus dem Titel de exercit. act.*

§. 3. S. 340. u. 341. *Zu l. 19. pr. de instit. actione und über eine Modifi-*

cation, zu welcher die Ausbildung der instit. act. hinsichtlich des Mandatcontractes geführt hat.

§. 4. S. 341—347. *Zu den übrigen Stellen in dem angezogenen Titel des Codex.* (4. 25.)

(S. 343—347. Not. Die einschlagenden Bemerkungen in Hinsicht auf die neueren Gesetzgebungen.)

V. Von der negotiorum gestio.

S. 348—428.

§. 1. 2. u. 3. S. 355—363. *Ueber die Definition der negot. gestio und über die dabei beobachtete Terminologie.*

§. 3. b. S. 363. u. 364. *Activer und passiver Uebergang der Klage und resp. der Verbindlichkeit selbst auf den Erben.*

§. 4—6. S. 364—392. *Verbindlichkeiten des negot. gestoris.*

§. 7. u. 8. S. 392—401. *Verbindlichkeiten des Abwesenden.*

§. 9. u. 10. S. 401—406. *Besondere Voraussetzungen, unter denen die negot. gestio den Abwesenden nicht oder nur unvollständig verbindet.*

§. 11. S. 406—408. *Ueber den Fall, wo Jemand fremden Geschäften sich unterzogen, in der Absicht, widerrechtlichen Gewinn zu ziehen.*

Anhang. Erläuterung in den vorhergegangenen §§. noch nicht citirter Gesetzstellen. S. 408—417.

Neuere Gesetzgebungen. S. 418—428.

VI. Die Versio in rem.

S. 429—477.

§. 1. S. 430. *Einleitende Bemerkung.*

§. 2. S. 430. u. 431. *Erfordernisse der Klage de in rem verso.*

§. 3. S. 431—441. *Belegstellen hierzu.*

§. 3. b. S. 441. u. 442. *Allgemeine Bemerkungen über die actio de in rem verso utilis.*

§. 4. S. 443—445. *Hiermit übereinstimmende Gesetzstellen.*

§. 5. S. 446—451. *Scheinbar hiermit nicht zu vereinigende Gesetzstellen.*

§. 6. S. 451. u. 452. *Eine Beschränkung der actionis de in rem verso nach Maassgabe von l. 3. §. 10.*

§. 7. S. 453. u. 454. *Allgemeine Bemerkungen zu sämmtlichen Sätzen über die versio in rem.*

§. 8. S. 454—457. *Erläuterung derjenigen Stellen, in welchen zur Anstellung der actionis de in rem verso nicht geeignete Fälle angegeben werden.*

§. 9. S. 457—464. *In dem Vorhergegangenen noch nicht citirte Stellen.*

Anhang. S. 465—470.

§. 1. u. 2. S. 465—468. *Ueber die Bedeutung der actionis quod jussu* (XV. 4.) *nach röm. und nach heutigem Rechte.*

§. 3. S. 469. u. 470. *Erläuterung in §. 1. noch nicht citirter Fragmente aus dem Titel quod jussu.*

Neuere Gesetzgebungen. S. 471—477.

§. 1. S. 471—473. *Th. II. des österreich. bürgerl. Gesetzbuches. Hauptst.* 22. §. 1041. u. 1042.

§. 2. S. 473—477. *Allg. Landr. für die preuss. Staaten. Th.* 1. *Tit.* 13. *Abschn.* 3. §. 262—280.

Index

der

in den vorstehend behandelten Titeln der Pandecten enthaltenen Fragmente, und der Stellen, wo sie erläutert worden.

Lib. III. Tit. V. de negotiis gestis.

Lex.	§.		pag.
I.	—	Ulpianus lib. 10. ad Edictum	385
II.	—	Gajus lib. 3. ad Edict. provinciale	359
III.	pr.	Ulpianus lib. 10. ad Edict.	355
	1 2 3		356
	4		396
	5		360
	6		356
	7 8		408
	9		375
	10		361
	11	Idem lib. 45. ad Sabinum	397
IV.	—		
V.	pr. 1	Idem lib. 10. ad Edict.	361
VI.	pr.	Julianus lib. 3. Digestorum	448
	1		397
	2		375
	3		406
	4		369
	5		361
	6		413
	7 8		370
	9 10 11		371
	12		379
VII.	—	Paulus lib. 9. ad Edictum	384
VIII.	pr.	Ulpianus lib. 10. ad Edict.	386
	1		374
	2		379
	3		402
IX.	—	Scaevola lib. 1. Quaestionum	399
X.	pr.	Ulpianus lib. 10. ad Edict.	401
	1		382
XI.	—	Pomponius lib. 21. ad Quintum Mucium	378
XII.	pr.	Ulpianus lib. 10. ad Edict.	357
	1		*)
	2		393

*) Siehe Note 1) am Ende des Werks.

lex.	§.		pag.
XIII.	—	Paulus lib. 9. ad Edict.	382
XIV.	—	Ulpianus lib. 10. ad Edict.	409
XV.	—	Paulus lib. 9. ad Edict.	378
XVI.	—	Idem lib. 7. ad Plautium	379
XVII.	—	Ulpianus lib. 35. ad Edict.	409
XVIII.	—	Paulus lib. 9. ad Edict.	411
XIX.	pr.	Idem lib. 2. ad Neratium	
	1		410
	2		362
	3		389
	4		374
	5	Ulpianus lib. 10. ad Edict.	357
XX.	—		
XXI.	pr.	Paulus lib. 9. ad Edict.	360
	1		357
	2		373
	3		367
XXII.	—	Gajus lib. 3. ad Edict. provinciale	394
XXIII.	—	Paulus lib 20. ad Edict.	374
XXIV.	—	Idem lib. 24. ad Edict.	412
XXV.	—	Idem lib. 27. ad Edict.	394
XXVI.	—	Modestinus lib. 1. Responsorum	370
XXVII.	pr.	Idem lib. 2. Responsorum	372
	1		406
XXVIII.	—	Javolenus lib. 8. ex Cassio	367
XXIX.	—	Callistratus lib. 3. Edicti morietorii	359
XXX.	—	Julianus lib. 3. Digestorum	362
XXXI.	pr.	Papinianus lib. 2. Responsorum	393
	1		374
	2		376
	3		387
	4		412
	5		413
	6		
	7		372
XXXII.	pr.	Idem lib. 3. Responsorum	407
	1		374
XXXIII.	—	Idem lib. 10. Respons.	406
XXXIV.	—	Paulus lib. 1. Quaestionum	403
XXXV.	pr.	Scaevola lib. 1. Quaestionum	390
	1		389
	2		388
	3		392
XXXVI.	—	Paulus lib. 4. Quaestionum	362
XXXVII.	pr.	Idem lib. 1. Sententiarum	395
	1		
	2		413
XXXVIII.	—	Thryphonius lib. 2. Disputationum	384
XXXIX.	—	Cajus lib. 3. de verborum Obligationibus	458
XL.	—	Paulus lib. 10. ad Sabinum	372
XLI.	—	Paulus lib. 30. ad Edictum	394
XLII.	—	Idem lib. 32. ad Edictum	413
XLIII.	—	Labeo lib. 6. Posteriorum epitomatorum a Javoleno	380
XLIV.	—	Ulpianus lib. 6. Disputationum	403
XLV.	pr.	Idem lib. 4. Opinionum	398
	1		412
	2		371

lex.	§.		pag.
XLVI.	pr. 1	Africanus lib. 7. Quaestionum	368
XLVII.	pr.	Paulus lib. 1. Sententiarum	357
	1		363
XLVIII.	—	Papinianus lib. 3. Quaestionum	374
XLIX.	—	Africanus lib. 8. Quaest.	369

Lib. 13. tit. 5. de pecunia constituta.

lex.	§.		pag.
I.	pr.	Ulpianus lib. 27. ad Edict.	153
	1		168
	2, 3		165
	4		168
	5		158
	6, 7, 8		155
II.	—	Julianus lib. 11. Digestorum	158
III.	pr.	Ulpianus lib. 27. ad Edict.	159
	1		155
	2		
IV.	—	Paulus lib. 29. ad Edict.	159
V.	pr.	Ulpianus lib. 27. ad Edict.	
	1		169
	2		161
	3		169
	4, 5		161
	6, 7, 8		162
	9		161
	10		
VI.	—	Paulus lib. 2. Sententiarum	
VII.	pr. 1	Ulpianus lib. 27. ad Edict.	162
VIII.	—	Paulus lib. 29. ad Edict.	
IX.	—	Papinianus lib. 8. Quaest.	160
X.	—	Paulus lib. 29. ad Edict.	
XI.	pr.	Ulpianus lib. 27. ad Edict.	169
	1		
XII.	—	Paulus lib. 13. ad Edict.	164
XIII.	—	Idem lib. 29. ad Edict.	170
XIV.	pr.	Ulpianus lib. 27. ad Edict.	159
	1, 2		154
	3		169
XV.	—	Paulus lib. 29. ad Edict.	162
XVI.	pr. 1	Ulpianus lib. 27. ad Edict.	170
	2		153
	3, 4		
XVII.	—	Paulus lib. 29. ad Edict.	170
XVIII.	pr.	Ulpianus lib. 27. ad Edict.	

lex.	§.		pag.
	1	Ulpianus lib. 27. ad Edict. = = = =	156
	2	= = = = = = = = = =	170
	3	= = = = = = = = = =	156
XIX.	pr.	Paulus lib. 29. ad Edict.	
	1	= = = = = = = = = =	164
	2	Idem lib. 4. ad Plautium = = = =	157
XX	—		
XXI.	pr.	Idem lib. 29. ad Edict. = = = = = =	213
	1	= = = = = = = = = =	215
	2	= = = = = = = = = =	154
XXII.	—	Idem lib. 6. Brevis Edicti = = = =	170
XXIII.	—	Julianus lib. 11. Digestorum = = = =	214
XXIV.	—	Marcellus lib. sing. Respons. = = = =	171
XXV.	pr.	Papinianus lib. 8. Quaest. = = = =	158
XXVI.	1	= = = = = = = = = =	172
	—	Scaevola lib. 1. Respons. = = = = =	155
XXVII.	—	Ulpianus lib. 14. ad Edict. = = = =	*)
XXVIII.	—	Gajus lib. 4. ad Edict. provinciale = = =	156
XXIX.	—	Paulus lib. 24. ad Edict. = = = = =	170
XXX.	—	Idem lib. 2. Sententiarum = = = = =	160
XXXI.	—	Scaevola lib. 5. Digestorum = = = =	158

Lib. 14. tit. 1. de exercitoria actione.

I.	pr.	Ulpianus lib. 28. ad Edict. = = = =	312
	1	= = = = = = = = = =	296
	2	= = = = = = = = = =	315
	3	= = = = = = = = = =	296
	4	= = = = = = = = =	324
	5	= = = = = = = = = =	300
	6	= = = = = = = = = =	296
	7, 8	= = = = = = = = = =	298
	9, 10	= = = = = = = = = =	304
	11	= = = = = = = = = =	300
	12	= = = = = = = = = =	311
	13, 14	= = = = = = = = = =	325
	15	= = = = = = = = = =	296
	16	= = = = = = = = = =	325
	17	= = = = = = = = = =	297
	18	= = = = = = = = = =	321
	19	= = = = = = = = = =	334
	20	= = = = = = = = = =	336
	21	= = = = = = = = = =	334
	22	= = = = = = = = = =	337
	23	= = = = = = = = = =	335
	24	= = = = = = = = = =	332
	25		
II.	—	Gajus lib. 9. ad Edict. provinciale.	
III.	—	Paulus lib. 29. ad Edict.	
IV.	pr.	Ulpianus lib. 29. ad Edict. = = = = =	327
	1		
	2		

*) Siehe Note 2) am Ende des Werks.

lex.	§.		pag.
	3, 4	Ulpianus lib. 29. ad Edict.	322
V.	pr.	Paulus lib. 29. ad Edict.	338
	1		339
	2		*)
VI.	pr.	Paulus lib. 6. Brevis Edicti	336
	1		339
VII.	pr.	Africanus lib 8. Quaest.	
	1, 2		303

Lib. 14. tit. 3. de institoria actione.

lex.	§.		pag.
I.	—	Ulpianus lib. 28. ad Edict.	297
II.	—	Gajus lib. 9. ad Edict. provinciale	320
III.	—	Ulpianus lib. 28. ad Edict.	
IV.	—	Paulus lib. 30. ad Edict.	
V.	pr.	Ulpianus lib. 28. ad Edict.	
	1, 2, 3, 4		293
	5, 6, 7		294
	8		315
	9		299
	10		313
	11, 12		297
	13		298
	14		308
	15		297
	16		299
	17		328
	18		294
VI.	—	Paulus lib. 30. ad Edict.	
VII.	pr.	Ulpianus lib. 28. ad Edict.	295
	1		
	2		
VII.	—	Gajus lib. 9. ad Edict. provinciale	324
IX.	—	Ulpianus lib. 28. ad Edict.	
X.	—	Gajus lib. 9. ad Edict.	
XI.	pr.	Ulpianus lib. 28. ad Edict.	329
	1		324
	2, 3, 4		306
	5		309
	6		306
	7		
	8		
XII.	—	Julianus lib. 11. Digestorum	331
XIII.	pr.	Ulpianus lib. 28. ad Edict.	301
	1		330
	2		
XIV.	—	Paulus lib. 4. ad Plautium	326

*) Siehe Note 3) am Ende des Werks.

lex.	§.		pag.
XV.	—	Ulpianus lib. 28. ad Edict.	330
XVI.	—	Paulus lib. 29. ad Edict.	310
XVII.	pr.	Idem lib. 30. ad Edict.	297
	1		333
	2		329
	3		330
	4		309
	5		333
XVIII.	—	Idem lib. sing. de variis lectionibus	307
XIX.	pr.	Papinianus lib. 3. Respons.	340
	1		322
	2		334
	3		300
XX.	—	Scaevola lib. 5. Digestorum.	323

Lib. 15. tit. 4. Quod jussu.

lex.	§.		pag.
I.	pr. 1	Ulpianus lib. 29. ad Edictum.	465
	2 3		466
	4 5		467
	6		469
	7		465
	8 9		469
II.	pr.	Paulus lib. 30. ad Edict.	470
	1		465
	2		469
III.	—	Ulpianus lib. 2. Responsorum	470
IV.	—	Idem lib. 10. ad Edict.	465
V.	pr.	Paulus lib. 4. ad Plautium	470
	1		466

Lib. 16. tit. 1. ad Senatusconsultum Vellejanum.

lex.	§.		pag.
I.	pr.	Paulus lib. 30. ad Edict.	273
	1		274
	2		275
II.	pr.	Ulpianus lib. 29. ad Edict.	273
	1		274
	2		275
	3		270
	4		244
	5	Paulus lib. 30. ad Edict.	248
III.	—		
IV.	pr.	Ulpianus lib. 29. ad Edict.	262
	1	Gajus lib. 9. ad Edict. provinciale	244
V.	—		
VI.	—	Ulpianus lib. 29. ad Edict.	262
VII.	—	Papinianus lib. 9. Quaest.	263
VIII.	pr.	Ulpianus lib. 29. ad Edict.	275

lex.	§.		pag.
	1	Ulpianus lib. 29. ad Edict.	247
	2		268
	3		252
	4		255
	5		245
	6		275
	7		
	8		257
	9		
	10		273
	11		
	12		258
	13		
	14		260
	15		
IX.	—	Paulus lib. 6. Regularum.	259
X.	—	Ulpianus lib. 29. ad Edict.	
XI.	—	Paulus lib. 30. ad Edict.	261
XII.	—	Idem lib. 6. Brevium	262
XIII.	pr.	Gajus lib. 9. ad Edict. provinciale	249
	1		
	2		259
XIV.	—	Julianus lib. 12. Digestorum.	
XV.	—	Idem lib. 51. Digest.	267
XVI.	pr.	Idem lib. 4. ad Ursejum Ferocem.	
	1		*)
XVII.	pr.	Africanus lib. 4. Quaest.	253
	1		266
	2	Paulus lib. 8. ad Plautium	268
XVIII.	—		
XIX.	pr.	Africanus lib. 4. Quaest.	246
	1		247
	2		275
	3		249
	4		247
	5		263
XX.	—	Idem lib. 8. Quaest.	260
XXI.	pr.	Callistratus lib. 3. Instit.	
	1		268
XXII.	—	Paulus lib. 6. Regularum.	
XXIII.	—	Idem lib. sing. ad Senatusconsult. Vellej.	271
XXIV.	pr.	Idem lib. sing. de intercessionibus feminar.	249
	1		276
	2		260
XXV.	pr.	Modestinus lib. sing. de Eurematicis.	
	1		250
XXVI.	—	Ulpianus lib. 37. ad Edict.	276
XXVII.	pr.	Papinianus lib. 3. Respons.	266
	1		252
	2		249
XXVIII.	pr.	Scaevola lib. 1. Respons.	266
	1		262
XXIX.	pr.	Paulus lib. 16. Respons.	251
	1		
XXX.	pr.	Idem lib. 2. Sententiarum	268
	1		255
XXXI.	—	Idem lib. 1. ad Neratium	272

*) Siehe Note 4) am Ende des Werks.

lex.	§.		pag.
XXXII.	pr.	Pomponius lib. 1. Sntconsult.	250
	1		252
	2		245
	3		255
	4		272
	5		259

Lib. 17. tit. 1. Mandati vel contra.

I.	pr.	Paulus lib. 32. ad Edict.	1
	1		
	2		8
	3		7
	4		1
II.	pr.	Gajus lib. 2. rerum cotidianarum (s. aureorum)	
	1		
	2		
	3		2
	4		
	5		
	6		
III.	pr.	Paulus lib. 2 ad Edict.	
	1		
	2		38
IV.	—	Gajus lib. 2. rerum cotid. (s. aureor.)	
V.	pr.	Paulus lib 2. ad Edict.	37
	1		
	2		
	3		
	4		38
	5		
VI.	pr.	Ulpianus lib. 31. ad Edict.	27
	1		18
	2		8
	3		13
	4		6
	5		4
	6		14
	7		30
VII.	—	Papinianus lib. 3. Responsor.	27
VIII.	pr.	Ulpianus lib. 31. ad Edict.	18
	1		51
	2		37
	3		73
	4		25
	5		52
	6		3
	7		40
	8		47
	9		50
	10		40
IX.	—	Paulus lib. 32. ad Edict.	42
X.	pr.	Ulpianus lib. 31. ad Edict.	
	1		54
	2		50
	3		55

lex.	§.		pag.
	4	Ulpianus lib. 31. ad Edict.	15
	5	= = = = = = = = = =	85
	6	= = = = = = = = = =	75
	7	= = = = = = = = = =	15
	8	= = = = = = = = = =	55
	9	= = = = = = = = = =	28
	10	= = = = = = = = = =	64
	11	= = = = = = = = = =	45
	12	= = = = = = = = = =	48
	13	= = = = = = = = = =	67
XI.	—	Pomponius lib. 3. ex Plautio	66
XII.	pr.	Ulpianus lib. 31. ad Edict.	67
	1	= = = = = = = = = =	66
	2		
	3	= = = = = = = = = =	85
	4		
	5	= = = = = = = = = =	86
	6		
	7	= = = = = = = = = =	12
	8	= = = = = = = = = =	87
	9	= = = = = = = = = =	70
	10	= = = = = = = = = =	55
	11	= = = = = = = = = =	13
	12	= = = = = = = = = =	4
	13	= = = = = = = = = =	13
	14	= = = = = = = = = =	17
	15	= = = = = = = = = =	88
	16		
	17	= = = = = = = = = =	60
XIII.	—	Gajus lib. 10. ad Edict. provinciale	*)
XIV.	pr.	Ulpianus lib. 31. ad Edict.	82
	1	= = = = = = = = = =	83
XV.	—	Paulus lib. 2. ad Sabinum	78
XVI.	—	Ulpianus lib. 31. ad Edict.	5
XVII.	—	Paulus lib. 7. ad Sabinum	89
XVIII.	—	Ulpianus lib. 40. ad Sabinum	8
XIX.	—	Idem lib. 43. ad Sabinum	91
XX.	pr.	Paulus lib. 11. ad Sabinum	54
	1	= = = = = = = = = =	16
XXI.	—	Ulpianus lib. 47. ad Sabinum	16
XXII.	pr.	Paulus lib. 32. ad Edictum.	
	1	= = = = = = = = = =	44
	2	= = = = = = = = = =	18
	3	= = = = = = = = = =	25
	4	= = = = = = = = = =	69
	5	= = = = = = = = = =	25
	6	= = = = = = = = = =	13
	7	= = = = = = = = = =	26
	8	= = = = = = = = = =	89
	9		
	10	= = = = = = = = = =	16
	11	= = = = = = = = = =	57
XXIII.	—	Hermogenianus lib. 2. Jur. epitomar.	78
XXIV.	—	Paulus lib. 2. Sententiarum	79
XXV.	—	Hermogenianus lib. 2. Jur. epitomar.	78
XXVI.	pr.	Paulus lib. 32. ad Edict.	80
	1	= = = = = = = = = =	81

*) Siehe Note 5) am Ende des Werks.

lex.	§.		pag.
	2 3	Paulus lib. 32. ad Edict.	67
	4		34
	5		*)
	6 7		71
	8		72
XXVII.	pr.	Gajus lib. 9. ad Edict. provinciale.	19
	1		81
	2		57
	3		82
	4		64
 XXVIII.	5 —	 Ulpianus lib. 14 ad Edict.	54
XXIX.	pr. 1 2	Idem lib. 7. Disputationum.	63
	3 4		47
	5		64
	6		44
XXX.	—	Julianus lib. 13. Digestorum.	90
XXXI.	—	Idem lib. 14. Digestorum.	93
XXXII.	—	Idem lib. 3. ad Ursejum Ferocem.	19
XXXIII. XXXIV.	— pr.	Idem lib. 4. ex Minitio. Africanus lib. 8. Quaest.	20
 XXXV.	1 —	 Neratius lib. 5. Membranarum.	23
XXXVI.	pr. 1	Javolenus lib. 7. ex Cassio.	68
	2 3		56
XXXVII.	—	Africanus lib. 8. Quaest.	65
XXXVIII	pr. 1	Marcellus lib. sing. responsorum.	61
XXXIX.	—	Nerat. lib. 7. Membranar.	56
XL.	—	Neratius lib. 9. ad Edict.	14
XLI.	—	Gajus lib. 3. ad Edict provinciale.	6
XLII.	—	Ulpianus lib. 11. ad. Edict.	48
XLIII.	—	Idem lib. 23. ad Edict.	54
XLIV.	—	Idem lib. 62. ad Edict.	50
XLV.	pr.	Paulus lib. 5. ad Plautium.	60
	1		78
	2		60
	3		62
	4		43
	5		62
	6		65
	7 8		51
XLVI.	—	Idem lib. 74. ad Edict.	43
XLVII.	pr.	Pomponius lib. 3. ex Plautio.	68
	1		43
XLVIII.	pr.	Celsus lib. 7. Digestorum.	48
	1 2		4
XLIX.	—	Marcellus lib. 6. Digestorum.	74

*) Siehe Note 6) am Ende des Werks.

lex.	§.		pag.
L.	pr.	Celsus lib. 38. Digestor.	11
	1		66
LI.	—	Javolenus lib. 9. ex Cassio.	44
LII.	—	Idem lib. 1. Epistolarum.	64
LIII.	—	Papinianus lib. 9. Quaest.	11
LIV.	pr.	Idem lib. 27. Quaest.	92
	1		53
LV.	—	Idem lib. 1 Respons.	94
LVI.	pr.	Idem lib. 3. Respons.	(94)
	1		45
	2		94
	3		28
	4		65
LVII.	—	Idem lib. 10. Respons.	82
LVIII.	pr.	Paulus lib. 4. Quaest.	80
	1		95
LIX.	pr.	Idem. lib. 4. Respons.	76
	1		34
	2		97
	3		73
	4		97
	5		83
	6		49
LX.	pr.	Scaevola lib. 1. Respons.	95
	1		8
	2		58
	3		98
	4		49
LXI.	—	Paulus lib. 2. ad Neratium.	87
LXII.	pr.	Scaevola lib. 6. Digestor.	17
	1		19

Lib. 46., tit. 1. De fidejussor. et mandator.

lex.	§.		pag.
I.	—	Ulpianus lib. 39. ad Sabinum.	123
II.	—	Pomponius lib. 22. ad Sabinum.	143
III.	—	Ulpianus lib. 43. ad Sabinum.	196
IV.	—	Idem lib. 45. ad Sabinum.	125
	1		138
V.	—	Idem lib. 46. ad Sabinum.	189
VI.	pr.	Idem lib. 47. ad Sabinum.	125
	1		145
	2		125
VII.	—	Julianus lib. 53. Digest.	(125)
VIII.	pr.	Ulpianus lib. 47. ad Sabinum.	116
	1		124
	2		(124)
	3		176
	4		196
	5		129
	6		124
	7		141
	8		147
	9		(147)
	10		145
	11		(145)
	12		196

lex.	§.		pag.
IX.	—	Pomponius lib. 26. ad Sabinum.	145
X.	pr.	Ulpianus lib. 7. Disputationum.	181
	1		180
	2		
XI.	—	Julianus lib. 12. Digestor.	131
XII.	—	Idem lib. 43. Digestor.	
XIII.	—	Idem lib. 14. Digestor.	117
XIV.	—	Idem lib. 47. Digestor.	188
XV.	pr.	Idem lib. 51. Digestor.	193
	1		179
XVI.	pr.	Idem lib. 53. Digest.	127
	1		148
	2		
	3		124
	4		125
	5		150
	6		123
XVII.	—	Idem lib. 89. Digest.	177
XVIII.	—	Idem lib. 90. Digest.	193
XIX.	—	Idem lib. 4. ex Minicio.	132
XX.	—	Javolenus lib. 13. Epistolarum.	
XXI.	pr.	Africanus lib. 7. Quaest.	126
	1		196
	2		191
	3		186
	4		188
	5		187
XXII.	—	Florentinus lib. 8. Instit.	125
XXIII.	—	Marcianus lib. 4. Regularum.	127
XXIV.	—	Marcellus lib. sing. Respons.	117
XXV.	—	Ulpianus lib. 11. ad Edict.	194
XXVI.	—	Gajus lib. 8. ad Edict.	180
XXVII.	pr.	Ulpianus lib. 22. ad Edict.	
	1		123
	2		180
	3		139
	4		184
XXVIII.	—	Paulus lib. 25. ad Edict.	180
XXIX.	—	Idem lib. 18. ad Edict.	127
XXX.	—	Gajus lib. 5. ad Edict. provinc.	194
XXXI.	—	Ulpianus lib. 23. ad Edict.	
XXXII.	—	Idem lib. 76. ad Edict.	176
XXXIII.	—	Idem lib. 77. ad Edict.	196
XXXIV.	—	Paulus lib. 72. ad Edict.	149
XXXV.	—	Idem lib. 2 ad Plautium.	129
XXXVI.	—	Idem lib. 14. ad Plautium.	177
XXXVII.	—	Idem lib. 17. ad Plautium.	127
XXXVIII.	pr.	Marcellus lib. 20. Digest.	148
	1		187
XXXIX.	—	Modestinus lib. 2. Regularum.	*)
XL.	—	Idem lib. 3. Regularum.	190
XLI.	pr.	Idem lib. 13. Respons.	133
	1		177
XLII.	—	Javolenus lib. 10. Epistolar.	146
XLIII.	—	Pomponius lib. 7. ex variis lectionibus.	182
XLIV.	—	Javolenus lib. 11. Epistolar.	135
XLV.	—	Scaevola lib. 6. Digestorum.	195

*) Siehe Note 7) am Ende des Werks.

lex.	§.		pag.
XLVI.	—	Javolenus lib. 10. ex Posterioribus Labeonis.	186
XLVII.	pr.	Papinianus lib. 9. Quaest.	127
	1		132
XLVIII.	pr.	Idem lib. 10. Quaest.	183
	1		184
XLIX.	pr.	Idem lib. 27 Quaest.	176
	1		182
	2		197
L.	—	Idem lib. 37. Quaest.	189
LI.	pr.	Idem lib. 3. Respons.	179
	1		180
	2		182
	3		176
	4		181
	5		139
LII.	pr.	Idem lib. 11. Respons.	135
	1		181
	2		136
	3		117
LIII.	—	Idem lib. 15. Respons.	130
LIV.	—	Paulus lib. 3. Quaest.	128
LV.	—	Idem lib. 11. Quaest.	124
LVI.	pr.	Idem lib. 15. Quaest.	128
	1		133
	2		136
	3		129
LVII.	—	Scaevola lib. 18. Quaest.	175
LVIII.	pr., 1	Paulus lib. 22. Quaest.	136
LIX.	—	Idem lib. 4. Respons.	117
LX.	—	Scaevola lib. 1. Respons.	185
LXI.	—	Paulus lib. 15. Respons.	117
LXII.	—	Scaevola lib. 5. Respons.	176
LXIII.	—	Idem lib. 6. Respons.	137
LXIV.	—	Hermogenianus lib. 2. Juris epitomarum.	194
LXV.	—	Idem lib. 6. Juris epitomar.	133
LXVI.	—	Paulus lib. 1. ad Neratium	198
LXVII.	—	Idem lib. 3. ad Neratium	194
LXVIII.	pr.	Idem lib. 3. Decretorum.	128
	1		136
	2		186
LXIX.	—	Tryphoninus lib. 9. Disputationum.	198
LXX.	pr.	Gajus lib. 1. de verborum obligat.	149
	1		150
	2		151
	3		129
	4		128
	5		129
LXXI.	pr.	Paulus lib. 4. Quaest.	190
	1		138
	2		117
LXXII.	—	Gajus lib. 3. de verborum obligat.	199
LXXIII.	—	Paulus lib. 76. ad Edict.	138

Noten zum Index:

1) „Sed et si filii-familias militis defuncti testamento facto gessi, similiter erit danda actio" ist einzureihen S. 357., nach l. 12. pr. Mit der Gültigkeit des sogenannten testamenti militaris hängt ganz consequenter Weise zusammen, dass, wer in den Angelegenheiten des Militairnachlasses eines Haussohnes ist thätig geworden, actionem negot. gestor. gegen den im testamento militari eingesetzten Erben hat.

2) „Utrum praesente debitore, an absente constituat quis parvi refert. Hoc amplius etiam invitio eo constituere eum posse, Pomponius libro tricesimo quarto scribit. Unde falsam putat opinionem Labeonis, existimantis, si postquam quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet, ne solvat, in factum exceptionem dandam. Nec immerito Pomponius; nam quum semel sit obligatus, qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare". Da das constituere keine anderen Gränzen als den Willen des Constituirenden hat, so folgt, dass darauf bei dem constituto debiti alieni nichts ankommen kann, ob das constitutum debiti alieni oder sodann die Zahlung mit Einwilligung des Hauptschuldners erfolgt ist oder nicht. Inwiefern in einem solchen Falle actio mandati negot. gestor. oder de in rem verso statt finden könne, ergiebt sich aus den entsprechenden Rubriken.

3) „Si unus ex his exercitoribus cum magistro navis contraxerit, agere cum aliis exercitoribus poterit." Dass, wenn von mehreren Exercitoren einer mit dem magistro navis contrahirt hat, er gegen die übrigen Exercitoren klagen kann, brauchte bei der generellen, auch diesen Fall umfassenden Vorschrift in IV. 2. S. 388 und 389. nicht besonders hervorgehoben zu werden.

4) „Si ab ea muliere, quae contra senatusconsultum intercessisset, fidejussorem accepissem, Cajus Cassius respondit, ita demum fidejussori exceptionem dandam, si a muliere rogatus fuisset. Ego autem puto, recte fidejussori exceptionem dandam, etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habeat, quia totam obligationem senatus improbat, et a Praetore restituitur prior debitor creditori." Dies spricht noch bestimmter den Satz III. 4. S. 241 aus, als die S. 241. citirten Stellen.

5) „Idem est, et si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum." Hier genügt die Bemerkung, dass die Stelle nach l. 12. §. 17. S. 81. einzureihen ist.

6) „Mandatu tuo fidejussi in decem, et procuratori creditoris solvi; si verus procurator fuit, statim mandati agam; quodsi procurator non est, repetam ab eo." Die Stelle gehört in die Lehre von den condictionen.

7) „Ut fidejussor adversus confidejussorem suum agat, danda actio non est; ideoque si ex duobus fidejussoribus ejusdem quantitatis, quum alter electus a creditore totum exsolverit, nec ei cessae sint actiones, alter nec a creditore, nec a confidejussore convenietur". Es schien entbehrlich, die rein negative Bestimmung hervorzuheben, dass der Mitbürge gegen den Mitbürgen aus der blossen Mitbürgschaft kein Klagerecht hat, und um dasselbe zu erlangen, der Klagabtretung benöthiget ist.

Abänderungen:

S. 13. in der Ueberschrift von §. 6. statt: a zu setzen: b.
– 96. in Zeile 6. und 8. von unten statt: Mandatar, zu setzen: Mandator.
– 101. – – 4. des Textes von unten satt: Hauptgläubiger, zu setzen: Hauptschuldner.
– 316. – – 22. statt: quem (nicht florentinische Lesart) zu setzen: quem (florentinische Lesart.)
– 353. in dem Satze 11 a statt: erreicht, zu setzen: übersteigt.
– 389. in Zeile 3 und 17. satt: 7 h zu setzen: 10 h.
– 429. in dem Satze num. 3. nach Herrn zu setzen: des Geschäfts.

Bayerische Staatsbibliothek München

f. G. y. z.

Kritz, Paul Ludolf,

Das Pandectenrecht aus den Rechtsbüchern Justinians nach den Erfordernissen einer zweckmässigen Gesetzgebung dargestellt und mit vergleichenden Hinweisungen auf das Französische, Österreichische und Preussische Recht
Bd.: 1,1

Meissen (1835)

J.rom.c. 194 m-1,1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565652-5